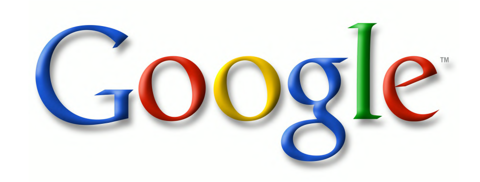
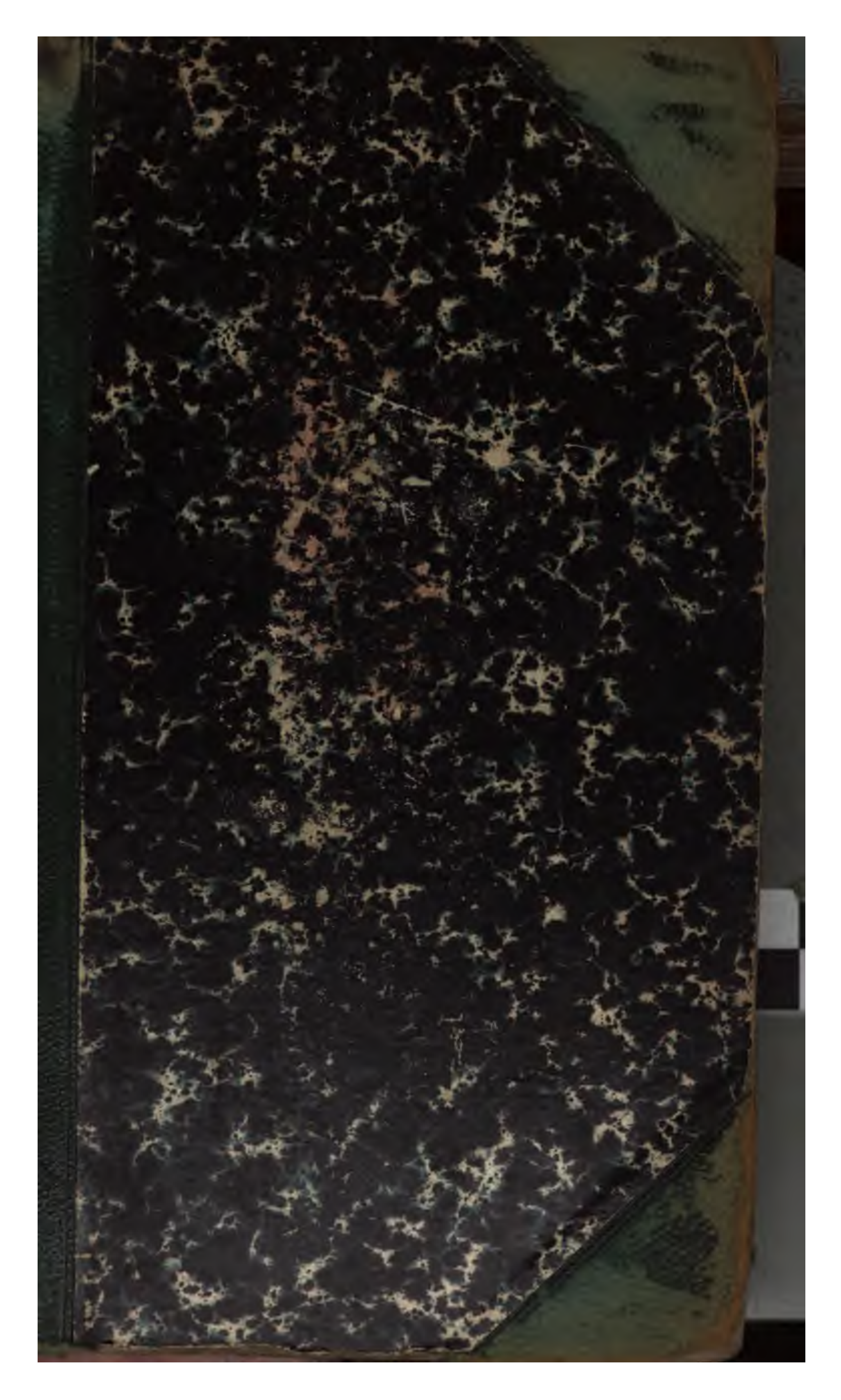
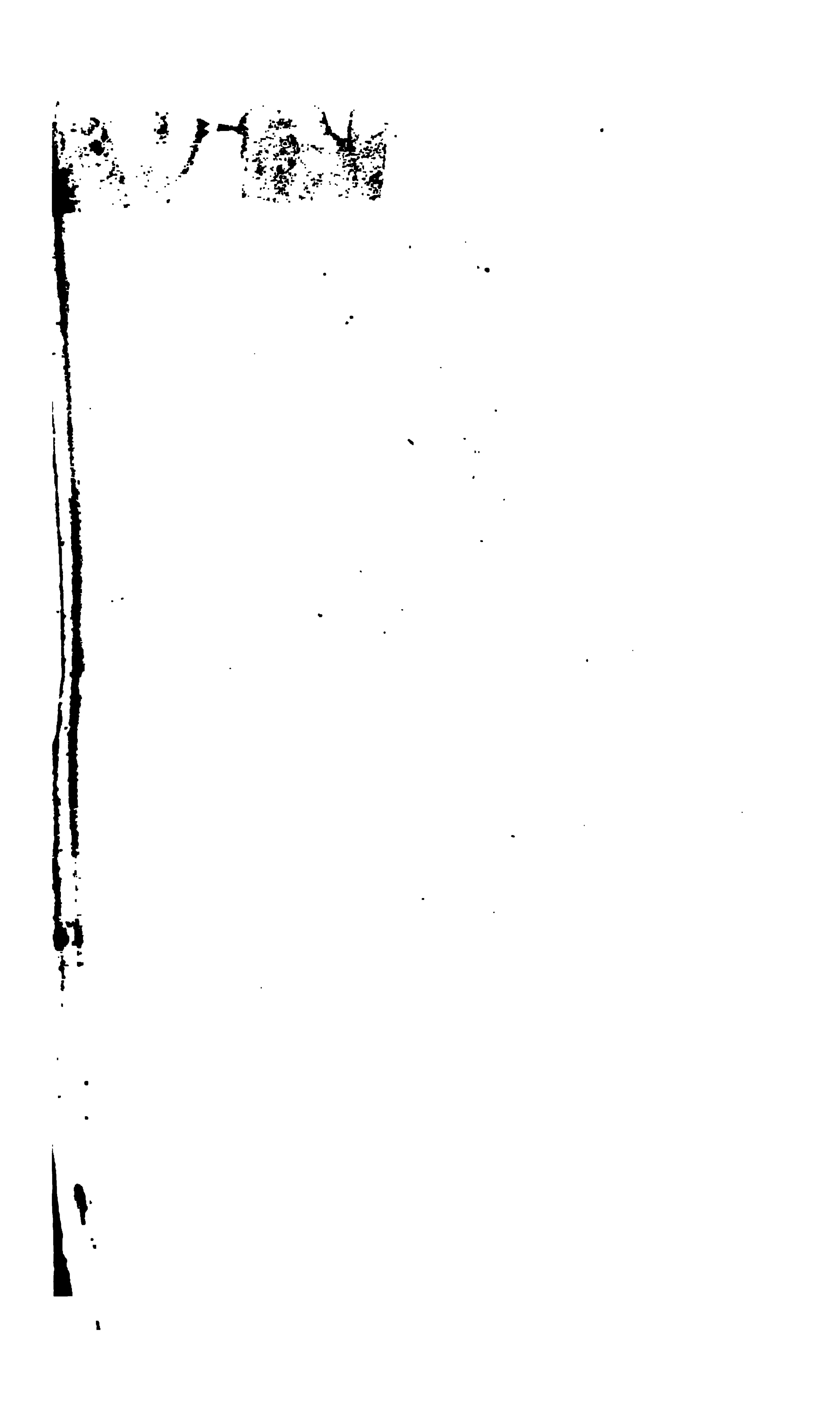





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE
RI
TAS





BIBLIOTHÈQUE DE L'HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

DROITS

ET

LIBERTÉS AUX ÉTATS-UNIS

LEURS ORIGINES

ET

LEURS PROGRÈS

PAR

ADOLPHE DE CHAMBRUN



PARIS
ERNEST THORIN, ÉDITEUR
LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE,
DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE LA SOCIÉTÉ DES ÉTUDES HISTORIQUES
7, RUE DE MÉDICIS, 7

O

BIBLIOTHÈQUE DE L'HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

7

DROITS

ET

LIBERTÉS AUX ÉTATS-UNIS

LEURS ORIGINES ET LEURS PROGRÈS

PAR

ADOLPHE DE CHAMBRUN

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE. — M. PEPIN.

DROITS

ET

LIBERTÉS AUX ÉTATS-UNIS

LEURS ORIGINES

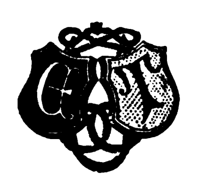
ET

LEURS PROGRÈS

PAR

(Pineton), marquis

ADOLPHE DE CHAMBRUN



PARIS

ERNEST THORIN, ÉDITEUR

LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE,
DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME
DE LA SOCIÉTÉ DES ÉTUDES HISTORIQUES
7, RUE DE MÉDICIS, 7

—

1891

AVERTISSEMENT

En rédigeant l'ouvrage dont j'offre aujourd'hui la première partie au public, j'ai cru préférable de ne pas le surcharger de textes. Si l'on veut bien tenir compte de l'impossibilité qu'il y a souvent de traduire en français technique les expressions légales d'un usage courant en Angleterre et aux Etats-Unis, on pensera peut-être avec moi que c'était la seule manière de rester intelligible.

Je dois marquer ici que parmi les idées développées dans ce volume, quelques-unes m'ont été suggérées par des hommes éminents ; entre autres, je nommerai M. Geo. S. Boutwell auquel revient le mérite d'avoir trouvé en partie

les vraies causes qui ont amené la révolution américaine. Comme je me suis servi dans le premier chapitre des textes qu'il a réunis, je tiens à lui témoigner ici ma gratitude.

Je me suis proposé de décrire des institutions, et non de rechercher les causes qui les ont produites. De là les lacunes que l'on peut aisément apercevoir dans cet ouvrage. Je signale la plus grave. Elle résulte du silence que j'ai gardé sur le christianisme. Et cependant je suis le premier à reconnaître qu'il a exercé une action constante sur les Etats-Unis; s'il était permis de donner un sens mondain à des paroles de S. Paul, je serais tenté d'appliquer à l'Amérique ce verset de la seconde épître aux Corinthiens : *Ubi autem spiritus Domini, ibi libertas.*

Washington, le 14 juin 1890.



CHAPITRE PREMIER

LE DROIT COUTUMIER ANGLAIS ET LA DÉCLARATION D'INDÉPENDANCE

Le droit qui régit l'Amérique s'est formé en Angleterre ; c'est donc là qu'il faut d'abord l'étudier.

Sans doute, si nous voulions en rechercher les antiques origines, nous rencontrerions bien des difficultés ; mais le sujet que nous nous proposons de traiter n'exige pas de pareilles recherches. Il nous suffit de remonter à la grande charte de 1215. Dans ce document sont écrits, en caractères ineffaçables, les premiers droits du sujet anglais ; il nous suffit donc d'en bien comprendre tout d'abord le vrai sens et l'exacte portée.

Un jurisconsulte anglais de notre siècle, M. Herbert Broom, a retrouvé dans la grande charte tous les éléments d'un contrat synallagmatique entre le souverain et le sujet, où sont stipulés les droits du sujet [1] : je me range entièrement à cette opinion ; sans doute il est aussi question dans la grande charte du consentement des barons et des hommes libres au vote des taxes ; mais ces stipulations qui contiennent en germe la création du parlement, ne le constituent pas encore — c'est donc d'une déclaration des droits du sujet, que les parties à la grande charte ont entendu convenir [2].

Mais, en réalité, ces droits ne sont point concédés par la Couronne ; le roi reconnaît en termes formels ou au moins en termes implicites, leur existence antérieure.

En même temps, il est bien évident que, dans la rédaction de presque tous les articles, les deux parties ont consenti à des concessions mutuelles. La grande charte ne contient donc pas la reconnaissance formelle de tous les droits

1. Herbert Broom ; *Constitutional law viewed in relation to common law*, p. 369.

2. M. Freeman, *Growth of the British constitution*, chap. II passim. (de la page 56 à la page 110).

préexistants que revendique le sujet ; il en est bon nombre de passés sous silence. Qu'on n'en conclue pas cependant qu'ils aient été abandonnés; l'Anglais ne renonce pas si aisément à ses droits; il a seulement ajourné ses demandes.

Ouvrons maintenant la grande « collection des ordonnances des rois de France ; » arrêtons-nous surtout sur le XIe et sur le XIIe volumes, qui contiennent les chartes de la Couronne accordées aux communes ou celles qui règlent les coutumes des villes ; lisons attentivement Pierre de Fontaine et surtout Beaumanoir ; nous trouverons sans aucun doute, soit dans certains articles des ordonnances royales, soit dans certaines pages de nos grands coutumiers, des dispositions qui rappellent les stipulations de la grande charte sur les droits féodaux, sur les tailles et sur les redevances — mais là cessent les analogies. La grande charte a seule stipulé que le vicomte, shériff ou bailli ne pourrait accuser un homme libre sur son simple dire ; seule elle a dit que ces allégations devront être corroborées par le témoignage de personnes désintéressées. Et sur-

tout je n'ai pu trouver nulle part l'équivalent de la stipulation en vertu de laquelle nul homme libre ne sera arrêté, ou saisi, ou emprisonné, ou privé de sa propriété ou condamné que par le jugement légal de ses pairs ou conformément à la loi du pays [1]. La préoccupation d'esprit qui a inspiré ces articles du contrat, ne semble pas avoir existé chez les Français de cette même époque ; et qu'on cherche bien au fond de tout le moyen âge an-

1. Je reproduis ici l'interprétation courante donnée aux derniers mots de ce texte célèbre; je le fais à cause des autorités de premier ordre qui l'ont maintenue, mais je le fais en marquant mes réserves. Voici la première difficulté. Le texte de la charte est, comme on le sait, en latin : le dernier membre de phrase est celui-ci : « per judicium parium suorum VEL per legem terræ »; on traduit « VEL » par la disjonctive « OU »; or je crois qu'ici VEL peut être traduit par ET; dans le plus beau temps de la latinité classique, Virgile disait : pietate VEL armis. Au moyen-âge on s'est servi de VEL dans le sens de SIVE ou dans celui de ET; ceci ne saurait être contesté.

Toutefois, à côté de cette difficulté, s'en présente une autre plus sérieuse et sur laquelle je ne voudrais pas me prononcer ici : les mots « per judicium parium suorum » veulent-ils dire qu'il s'agit du jugement féodal par les pairs de l'accusé, ou du grand jury? Et tout d'abord, il est bien évident qu'en 1215, le grand jury existait, puisque la procédure d'accusation par le grand jury est décrite dans les assises de Clarendon (voir Stephen, History of the cri-

glais et français : c'est là que se marque la différence.

Les réunions des Etats généraux en France, du temps de Philippe le Bel, et surtout les Etats provinciaux du XIVe siècle ont presque aussi bonne apparence que les réunions des barons, des comtés et des villes déjà constituées en parlement. On peut même étendre cette observation plus loin: les cortez d'Aragon, jusqu'à cette même époque, semblent bien plus sûrs d'eux mêmes et de leur pouvoir que ne l'est encore le parlement d'Angleterre; enfin les communes italiennes ont assurément d'autres allures et de plus fières prétentions que n'en affi-

minal law of England, vol. 1, p. 252) — mais la question est loin d'être aussi claire au sujet du jury de jugement (petty jury). — M. Stephen croit être en mesure d'en constater l'existence du temps de Bracton, c'est-à-dire vers le milieu du XIIIe siècle, et je me range à son avis; mais il n'y a de certitude absolue que pour le temps de Britton, c'est-à-dire pour la fin du XIIIe siècle; à partir de ce moment, il n'y a plus à douter de l'existence des deux jurys, et dès ce temps, les mots de la grande charte que nous examinons ont un sens parfaitement clair : le jugement des pairs est celui du jury et le jugement doit être conforme à la loi du pays, — c'est-à-dire au droit coutumier; mais encore une fois, en était-il de même au moment où la grande charte fut rédigée et signée?

chent les villes anglaises ; et cependant, je ne puis retrouver nulle part, sous ces formes en apparence plus imposantes, rien de ces stipulations nettes, positives, de la grande charte qui ont pour objet d'établir des droits concrets.

Du reste, si on veut se bien rendre compte de l'esprit anglais au moyen-âge, qu'on lise l'extrait suivant du docteur Freeman.

« Dans toute nos grandes luttes politiques, la voix des Anglais n'a jamais invoqué l'énoncé de nouveaux principes, le vote de nouvelles lois. Une meilleure exécution de la loi qui était déjà en vigueur, le redressement des griefs résultant de l'évasion ou de l'oubli de la loi ont toujours formé l'objet de la demande ; jusqu'à ce que la grande charte ait été arrachée à Jean, l'exécution des lois du bon roi Edouard a été réclamée. Et quand le tyran eut, contre sa volonté, mis son sceau sur le fondement de notre droit ultérieur, une observation plus stricte d'une charte qui était considérée elle-même comme la reproduction dans une forme nouvelle des lois d'Edouard, devint l'objet de la demande ..... Ces changements ont consisté dans l'application des anciens principes aux

circonstances nouvelles ; ils ont consisté en réparations habiles de l'ancien bâtiment et non en sa destruction ou en la construction d'un nouveau. La vie et l'âme du droit anglais sont formées de précédents[1]. »

Ainsi, au sortir de la première moitié du moyen-âge, le fondement même de la constitution d'Angleterre est jeté. — Le premier chapitre est écrit : il consiste en diverses stipulations en faveur des droits individuels du sujet anglais[2].

Entre la grande charte de 1215 et le XVIIIe siècle, nous rencontrons les quatre grands actes qui l'ont complétée : au XVIIe « la pétition du droit, » le « bill des droits », l'acte de « l'*habeas corpus*, » enfin « l'acte d'établissement ». Ces quatre documents forment avec la grande charte la constitution écrite d'Angleterre, c'est-à-dire le droit public. En même temps l'inter-

1. *Growth of English constitution* by Ed. F. Freeman, pp. 56-57, 58.

2. La constitution définitive du parlement d'Angleterre est de la fin du XIIIe siècle. Voir les lettres de convocation reproduites par Stubbs dans ses « select charters, édition de 1888 » passim.

prétation législative ou judiciaire a relié toutes les pièces du gros œuvre.

Qu'on recherche maintenant les idées principales qui se retrouvent à chaque pas le long de cette mémorable histoire ; on en remarque deux qui, depuis la fin du XIIIe siècle, ne se sont jamais séparées, et qui, depuis ce temps jusqu'à nos jours, tantôt sous une forme tantôt sous une autre, reparaissent à chaque instant : la première consiste en ce que la monarchie d'Angleterre est une monarchie différente de toutes les autres. La volonté du roi n'y fait pas la loi ni ne peut la changer. La loi n'émane pas du roi seul ; il faut, pour la faire, qu'il y ait coopération des nobles et des représentants des comtés et des villes. Au surplus, quelles que soient les concessions, ou, pour parler plus exactement, les reconnaissances de droits antérieurs que le roi ait dû faire, d'après John Fortescue, chancelier d'Angleterre sous Henry VI, il ne doit nullement les regretter [1].

En même temps, une autre idée, qui se trouve déjà dans la période saxonne et dont l'origine est manifestement germanique, a fait son

1. *De laudibus legum Angliæ*, éd. de 1730.

chemin. Le justicier royal, délégué par le souverain, visite les comtés pour y rendre la justice ; ici deux questions se posent : en premier lieu, quel droit va-t-il appliquer? en second lieu, est-ce que ce justicier royal sera seul chargé de l'administration de la justice civile et criminelle?

Il est bien évident que, parmi les clercs anglais de la fin du XIIe et du XIIIe siècles, il existe un sentiment d'admiration pour la loi romaine ; ceci est bien visible dans l'ouvrage de Bracton ; mais cette tendance ne s'empare pas de lui au point de le dominer. En tous cas il n'y sacrifie pas les principes du droit public déjà établis de son temps — la maxime « si veut le roi, si veut la loi » n'est nulle part énoncée dans son traité — il commente la coutume non écrite et il s'y tient.

Mais ce qui est plus important encore, c'est que dès la fin du XIIIe siècle, peut-être même plus tôt, le justicier royal va se trouver en présence du « corps du comté », représenté par le grand jury qui a des pouvoirs multiples, des attributions considérables, et qu'il aura à siéger en présence d'un jury de jugement qui est déjà le juge du fait.

L'effet produit par ce double jury est évidemment très considérable ; le rôle judiciaire du justicier en est nécessairement affecté à un haut degré [1].

Cependant John Fortescue explique au futur roi Henry VI, comment ce droit est infiniment préférable au droit romain, comment il donne des garanties à l'accusé ; comment celui-ci est protégé par tout l'appareil d'une justice nécessairement impartiale.

Mais des erreurs judiciaires peuvent se produire ; et celles-ci, d'après le système même que vante Fortescue, peuvent tourner au profit de l'accusé et amener son acquittement ! et ici l'auteur répond ce que répondrait un Anglais de notre temps : « Je préférerais sans doute que vingt coupables échappassent à la mort par excès de précautions, que de voir un innocent injustement condamné. » Encore, observe-t-il avec un sens parfait : « Il n'est pas à craindre ce-

1. Il est impossible d'analyser ici la partie de l'histoire du droit criminel anglais, où M. Stephen a traité des origines du double jury. — Voir *History of the criminal law of England*, vol. 1er passim. — Voir aussi Stubbs select charters, Oxford, 1888. Aussi Freeman *Growth of the English constitution*, Ire partie.

pendant qu'un accusé quel qu'il soit, puisse se soustraire au châtiment». Et enfin il ajoute un peu plus loin: «dans cette procédure il n'y a rien de cruel, rien d'inhumain, et l'innocent ne peut être atteint, ni dans son corps ni dans ses membres ; sous cette loi il lui est loisible de vivre tranquille et en sûreté [1]. »

Et voici déjà l'idée de la sécurité individuelle, celle du droit inviolable à la propriété. « Dans le royaume d'Angleterre, personne ne s'établira dans la maison d'une autre personne sans son consentement » — les hôtelleries seules font exception, parce que celui qui s'y arrête paye son écot avant de s'en aller — « nul ne prendra impunément le bien d'autrui sans son consentement. » — Le roi peut cependant se procurer ce qui lui est nécessaire pour sa maison aux prix établis; mais cette nécessité doit être constatée par le serment des grands officiers, « parce que, aux termes des lois, le roi ne peut rien prendre qui appartienne à ses sujets sans leur payer l'équivalent de ce qu'il leur doit. » « Enfin le roi ne peut ni directement ni par ses ministres percevoir sur ses sujets des tailles,

1. *Ibid.*, p. 83, 1730.

des subsides ou autres redevances; le ferait-il, il changerait les lois ou en établirait de nouvelles sans le consentement ou l'agrément de tout son royaume donné en parlement. » Et la raison de ceci, c'est que tout habitant du royaume a un droit absolu à tous les fruits de la terre et à tous les produits de son travail; et, si tout ou seulement partie de ce qui lui appartient ainsi est pris, compensation pour la valeur lui est due.

Et enfin, qu'on écoute l'auteur résumant la question des droits du sujet anglais : « Les habitants ne seront cités en justice que devant les juges ordinaires où ils seront jugés justement et conformément aux lois du pays. Ils ne seront pas contraints à répondre en justice sans y être directement amenés par une procédure régulière, qu'il s'agisse de biens meubles ou de possession. — Et, s'ils sont arrêtés pour un crime, quel qu'en soit le caractère, ils ne seront jugés que par la loi du pays et devant les juges ci-dessus nommés » — c'est-à-dire devant le jury; enfin voici la conclusion : « tels sont les fruits que produit le régime du gouvernement royal et politique, » — c'est ainsi que

l'auteur désigne le gouvernement du roi et du parlement !

Encore une citation : vers la fin de son livre, Fortescue revient une fois de plus, en s'adressant à son royal élève, sur les avantages du gouvernement royal et politique ; il lui montre comment ce régime lui laisse le pouvoir de faire le bien et le protège contre le mal : « c'est ce que peut et ce que fait toujours le roi qui gouverne *politiquement* » — c'est-à-dire, qui gouverne d'après le régime qui vient d'être exposé.

Des critiques adressées par Fortescue aux maximes du droit romain et surtout à celles qui confèrent au prince le droit de faire des lois à son bon plaisir, de ses attaques contre le gouvernement des rois de France inspiré par ces mêmes maximes des Césars romains, de ses pages éloquentes contre la torture et contre la procédure criminelle en vigueur sur le continent de l'Europe nous ne dirons rien ici.

Ainsi, vers 1443, époque à laquelle on fait remonter la publication du traité « *de laudibus legum Angliæ,* » le droit anglais est déjà constitué dans ses parties essentielles. Le roi ne peut pas faire de lois sans le consentement de

ses sujets; — le roi ne peut lever de taxes sans le consentement du parlement; il ne peut prendre une propriété mobilière ou des fruits et revenus de la terre par un acte de sa volonté, sans en payer la valeur à l'estimation. L'Anglais est maître dans sa maison, le roi ne saurait y entrer sans le consentement de cet occupant; enfin le jury le protège et connait de toute action criminelle ou civile à laquelle il est partie.

L'organisation du jury est aussi décrite par notre auteur; et elle est déjà, avec ses récusations péremptoires ou pour cause, à peu près ce qu'elle sera quatre cents ans plus tard.

En lisant ce livre, on pourrait se demander si la meilleure manière d'écrire un essai sur les droits du sujet anglais, ne serait pas de le traduire en entier et de marquer ensuite toutes les différences et tous les progrès qui ont pu se produire de l'an 1413 jusqu'à nos jours.

Mais rentrons dans notre plan, et avant de quitter le moyen-âge, faisons une dernière observation. Voici donc d'une part un gouvernement d'une nature toute spéciale; il consiste en un roi qui règne « politiquement », c'est-à-dire qui ne peut faire de lois, ou lever d'impôts sans

le consentement et la coopération du parlement — voilà, d'autre part, la constitution des deux jurys, et à côté d'eux, voilà le justicier royal que nous retrouvons aisément aujourd'hui dans l'organisation judiciaire anglaise. Et cependant, à mon sens, toutes ces institutions, déjà si développées dans le traité de John Fortescue, ne suffiraient pas à expliquer la liberté du sujet anglais. Ici avec beaucoup de réserve, j'oserai soumettre à plus compétent que moi sur l'histoire du moyen-âge en Angleterre, quelques simples observations :

Un premier point est incontestable. On ne saurait mettre en doute le sens des stipulations de la grande charte du roi Jean et des confirmations subséquentes qu'elle a reçues : elles constituent le droit public écrit du moyen-âge ; mais le droit privé, celui qui règle les rapports des personnes entre elles, les divers modes d'acquérir ou de disposer de la propriété, ne forment pas un droit écrit — Bracton l'a dit formellement ; dans le premier chapitre de ses commentaires, il observe que, si presque tous les autres pays sont régis par le droit écrit, l'Angleterre seule maintient la coutume ; et il ajoute

que « cette loi non écrite est formée de ce que l'usage a approuvé. » Voici donc, presque à l'origine des choses, un droit public écrit et un droit privé presque entièrement formé de la coutume, c'est-à-dire pliable aux circonstances, et que les juges peuvent adapter aux besoins de toute cause, à condition de se conformer aux traditions et aux précédents. En d'autres termes, il dépend en grande partie du juge de déterminer lui-même les limites qui séparent le droit public écrit de la coutume non écrite.

A l'appui de cette manière de présenter le sujet, on peut citer une phrase de Bracton. Après avoir reproduit en termes à peu près identiques à ceux du digeste de Justinien, la distinction entre le droit public et le droit privé, tel que le digeste lui-même l'a copiée dans Ulpien, et après avoir dit que « le droit public règle des choses sacrées, des prêtres et des magistrats », Bracton ajoute ces mots : « il est utile que des magistrats soient constitués dans l'Etat afin que justice soit faite par l'intermédiaire de ceux qui sont choisis pour l'administrer, car il ne servirait de rien que le droit existât dans un Etat, s'il n'y avait des person-

nes compétentes pour l'appliquer. Il me paraît que ceci est plus qu'une simple glose sur le texte d'Ulpien. Il s'agit des magistrats; à eux d'interpréter et d'appliquer le droit; mais quel droit? le droit coutumier, comprenant le droit écrit et l'usage. Mais ce droit coutumier n'a-t-il pas toujours maintenu que le sujet anglais devait être jugé par ses pairs? N'a-t-il pas maintenu aussi, même avant le XIVe siècle, que nul homme libre ne pourra être pris ou emprisonné, ou privé de sa propriété ou de ses franchises et privilèges, sans le jugement de ses pairs ou conformément à la loi du pays. »

Cet article d'une importance décisive dans l'histoire d'Angleterre, n'est évidemment qu'une reconnaissance du droit coutumier préexistant, mais dont l'origine ne saurait être déterminée avec une suffisante précision dans l'état actuel de la science historique. Sans doute il contient, en un sens, une concession de la couronne; mais cette concession n'a pour objet que de faire reconnaître par le souverain féodal l'existence d'un droit antérieur. En d'autres

1. Bracton, p. 21.

termes, ici la concession ne crée pas le droit; elle le reconnaît seulement.

Mais ce n'est pas tout que d'obtenir une stipulation qui énonce la reconnaissance d'un droit; il faut que cette stipulation puisse être mise en vigueur; qu'elle devienne une réalité vivante au lieu de rester lettre morte dans la calligraphie d'un beau parchemin.

L'assemblée des barons et des hommes libres, auxquels, dès avant Edouard Ier, commencent à se joindre les bourgeois, peut bien sans doute veiller en partie à l'exécution de certaines clauses; mais cette assemblée n'est pas toujours réunie, et, d'autre part, comment pourrait-elle voir tout, entendre tout, veiller à tout? Plus encore: le sujet anglais, l'homme libre peut-il lui remettre sans réserves la garde de sa personne, de sa propriété, en un mot de tous ses droits, aussi bien ceux qui sont déjà reconnus que ceux qui sont encore en doute? A ces questions l'Anglais du moyen âge a répondu d'une façon assez claire pour qu'on ne puisse s'y méprendre; à côté du pouvoir politique, il a entendu faire intervenir le pouvoir judiciaire. Ceci est si évident, que, dès 1297, dans une

confirmation de la grande charte par Edouard Ier on lit cette mémorable déclaration : « Nous avons en tous points confirmé la charte des libertés et la charte des forêts, et nos justiciers, shériffs, maires et autres ministres qui doivent administrer les lois de notre pays, seront tenus de permettre que tous les articles de la grande charte (des libertés) soient plaidés en jugement, en tant que droit commun. »

« Et nous voulons que si un jugement est rendu à l'avenir, contrairement aux articles des chartes susdites, par les justiciers ou par tout autre de nos ministres qui tiennent les cours, contrairement aux points contenus dans lesdites chartes, le jugement soit mis à néant et tenu comme de nul effet[1]. »

Voici donc des textes formels du droit écrit qui, par stipulation entre le roi et ses sujets, vont devenir partie du droit commun ; ils seront « plaidés, » c'est-à-dire invoqués devant les juges, tout comme l'est un article du code civil devant un tribunal français de notre siècle. Le droit public écrit, devient ainsi une par-

1. *Statutes of the Realm*, vol. I. St. 25 Edward the 1 st. Le texte est en langue vulgaire.

tie intégrante du droit du pays et applicable par le juge. Ceci est, à notre sens, une des plus remarquables créations de l'esprit anglais. Voyons maintenant quel parti le juge va tirer de ces textes : s'agira-t-il, par exemple de la détention sans jugement d'un homme libre, comment les choses se passeront-elles? la grande charte a stipulé qu'aucun anglais ne serait privé de sa liberté sans le jugement de ses pairs : or, dans l'espèce que nous supposons, le roi a donné l'ordre d'arrestation ; ses gens l'ont exécuté. Un homme libre est détenu. Eh bien ! le texte de la grande charte à la main, en d'autres termes en « plaidant » un des articles, ce détenu s'adresse au justicier de la couronne ; il lui demande d'examiner la cause de son arrestation, et de le faire mettre en liberté sous caution jusqu'à jugement. Qu'on réfléchisse maintenant au devoir qui s'impose au justicier. Sans doute il est ainsi placé en présence d'un texte de droit public écrit qui s'impose. Mais comment s'y prendra-t-il pour obliger le geôlier qui détient le pétitionnaire à le produire devant lui ? Heureusement que sa compétence n'est pas bornée à l'ap-

plication du droit public écrit ; elle s'étend aussi au droit non écrit ; là il découvre le remède applicable à l'espèce — il trouve donc un moyen de procédure, en vertu duquel il peut ordonner au geôlier de produire le détenu. Dès ce moment, la difficulté est vaincue, et, le pétitionnaire une fois amené devant le justicier, la partie la plus délicate de l'œuvre est faite. — Reste pour le magistrat à examiner les faits de la causeet, si justice l'exige, de mettre le détenu en liberté sous caution en attendant jugement. Mais quel effort n'a-t-il pas fallu avant d'en venir là ! afin de revêtir le magistrat d'une autorité suffisante pour qu'il tînt en échec l'ordre royal d'arrestation, il est évident que ce justicier royal a dû conquérir une situation de premier ordre dans la société libre qui se forme. Il est vrai, sans doute, comme on l'a montré avec beaucoup de science, que la coutume a créé une fiction, en vertu de laquelle la délégation de pouvoir que le magistrat a reçue du roi, place ses décrets sur la ligne même où se trouve le pouvoir royal ; mais ceci ne peut satisfaire l'esprit, car reste toujours la question de savoir comment il a pu se faire que cette fiction ait été créée et

acceptée. Quoi qu'il en soit d'ailleurs sur ce point, voilà donc le pouvoir judiciaire anglais rattaché par des liens de la nature la plus étroite aux institutions les plus vivantes du pays. Il est entouré des jurés qui sont le pays lui-même et il est armé d'un pouvoir d'autant plus flexible et d'autant plus fort qu'il repose sur la double combinaison du droit public écrit et de la coutume qui ne l'est pas.

Lors du procès Darnel, où se posa, du temps de Charles Ier, la question de la liberté individuelle, procès qui a fait époque dans l'histoire du droit public anglais, puisque le refus des juges de remettre Darnel en liberté, fut une des raisons qui amenèrent le parlement à régler, une fois pour toutes, cette question par l'acte qui porte le nom de pétition du droit, un jurisconsulte et un savant, John Selden, fut chargé de rechercher tous les précédents où un magistrat anglais, soit par l'emploi du writ d'*habeas corpus* [1], soit par tout autre moyen de procé-

1. Le mot *writ* peut probablement se rendre en français par le mot de *bref*, ou par ceux de « lettres de bref » — mais l'expression anglaise est trop connue pour qu'il y ait lieu à l'habiller à la française.

dure, avait ordonné à un officier du roi de lui représenter le « corps » d'un détenu arrêté par ordre du roi, avait examiné les causes de l'arrestation et ordonné la remise en liberté sous caution en attendant le procès. John Selden produisit douze précédents ; le plus ancien, celui d'un évèque nommé Biddelston, remontait au règne d'Edouard III ; dans cette espèce tirée des archives du maître des Rôles, le détenu avait été produit en exécution du writ d'*habeas corpus* émis par le justicier, et celui-ci ayant examiné la cause de l'arrestation, avait ordonné la remise en liberté sous caution.

Cet ordre serait le premier en ordre de dates d'après John Selden ; mais plus j'y ai pensé, plus je suis arrivé à me convaincre que, s'il est le plus ancien parmi ceux dont on ait fait la découverte, il n'en est pas pour cela le premier en ordre de dates ; il a dû en être émis d'autres semblables avant celui-là qui se sont perdus ou ont été détruits. Probablement cette pratique doit remonter à peu près au temps de cette confirmation de la grande charte, en vertu de laquelle il a été permis de « plaider » en cour « la

charte des libertés. » Il suffit d'ailleurs à ces explications, qu'au milieu du XIVe siècle, de l'alliance ou, pour mieux dire, de l'enlacement du droit public écrit dans le droit privé non écrit, soit sortie cette conception, aussi simple que féconde, en vertu de laquelle la liberté du sujet anglais passe sous la protection active du pouvoir judiciaire [1].

En tout cas, c'est à ce moment du XIVe siècle que les principes de la constitution d'Angleterre, sont définitivement établis : — un droit public écrit et formé de quelques chartes de la couronne, des lois votées de temps à autre en parlement ; — un droit coutumier non écrit, qui incorpore à son tour dans de nombreux précédents, les règles mêmes qui garantissent la liberté du sujet énoncées dans le

1. Ici, il est seulement question d'*ordres d'arrestation émanant du roi* — nous ne parlons pas des arrestations opérées par le shériff et autres officiers de justice; car il y a d'autres remèdes sommaires et efficaces — il suffit de dire qu'ils diffèrent un peu dans la forme; il est toujours procédé, dans ces cas, par le moyen d'un writ pris dans le droit coutumier; — par exemple il existe un writ, dit de « replevin » pour remettre le propriétaire en possession d'objets mobiliers ; il a été détourné de son sens propre et est devenu le writ « de homine replegiando. »

droit public, enfin le juge interprétant et le droit public et la coutume, et en faisant sortir les principes protecteurs du droit.

Tel est le progrès graduel que l'Angleterre fait vers la liberté politique depuis le XIIIe siècle.

Ainsi les idées du gouvernement royal auquel prennent part les représentants de l'aristocratie et des villes, écrites dans le droit public du moyen âge ; celles du droit coutumier, administré par le justicier royal assisté du jury ; les pouvoirs du juge accrus par le fait même qu'il interprète à la fois un droit écrit et un droit non écrit, et, par conséquent, très flexible ; enfin l'inévitable mélange, l'étroit entrelacement du droit écrit et du droit non écrit, ont mis le juge à même de protéger la liberté du sujet.

A partir du XVe siècle, ces principes et ces pratiques, sont souvent remplacés par des procédés arbitraires; il semble qu'un mauvais vent souffle de temps à autre sur le pays ; mais il n'est pas exact de dire cependant que l'œuvre du XIIIe et du XIVe siècles ait été détruite ou même gravement menacée pendant cette période.

Et la preuve, c'est que, dans le courant même du XVIIe siècle, de l'esprit de réforme qui agite l'Angleterre sont sorties deux grandes pièces de la constitution ; ce sont : d'abord la pétition du droit du temps de Charles Ier, ensuite l'acte de l'*habeas corpus* du temps de Charles II. Enfin au lendemain de la révolution de 1688, le bill des droits accepté par Guillaume et Marie, et l'acte d'établissement, viennent compléter le droit constitutionnel écrit ; le gros œuvre du monument historique est maintenant achevé.

Mais tout ceci ne formerait pas une introduction suffisante à ce que nous avons à dire dans ce volume, s'il n'était pas parlé ici du système de philosophie politique qui se produisit en Angleterre dans le XVIIe siècle, et qui atteignit son plus haut degré de développement lors de la publication du « traité sur le gouvernement civil. »

Il s'agit, on le voit, des idées de Hobbes, idées reprises, développées et complétées par John Locke, après la révolution de 1688. Et, comme c'est Locke qui a été le plus connu, le mieux compris et le plus cité dans les colonies

l'Amérique du Nord, il faut de toute nécessité en parler quelques instants.

Quand on ouvre le traité de Locke sur le « gouvernement civil, » on éprouve d'abord quelque surprise de penser que, dans un pays où le droit public et le droit privé sont formés de traditions, de précédents, de vieilles coutumes, où la liberté politique n'est fondée que sur des concessions du souverain ou sur des reconnaissances de droits préexistants, il se soit trouvé des penseurs qui aient entendu remonter à l'homme primitif, à l'homme sauvage; le représenter bon, libre, et tâcher d'expliquer comment cet être renonça à une partie de ses avantages pour entrer dans une société d'hommes semblables à lui; comment il conclut avec eux un contrat de société pour s'assurer, en échange de ce qu'il sacrifiait de ses droits naturels, les avantages résultant de l'association! Qu'il soit permis de hasarder ici une explication : si on y réfléchit bien, on verra que, sous des formes d'une logique raide et extrême, Locke exprime au fond des idées tout anglaises. La notion principale n'est autre, en un certain sens, que celle de la grande charte, c'est-à-dire celle

du contrat consenti entre diverses personnes. Laissons donc de côté, dans le livre de Locke, l'homme primitif et sauvage, vivant au milieu d'égaux; substituons à cette étrange hypothèse, l'histoire même de l'Angleterre dans la période normande, telle qu'elle se dégage de la grande charte du roi Jean et des confirmations subséquentes : nous avons devant nous une société composée d'hommes en conflit les uns avec les autres; ces hommes se rapprochent, s'entendent, transigent, et tirent des termes mêmes de leurs contrats, tous les avantages qu'ils peuvent en faire découler; voilà, à mon sens, ce qui explique Locke et son succès presque officiel dès le temps de Guillaume III; et c'est ce qui fait encore mieux comprendre l'influence que son livre exerça dans les colonies de l'Amérique du Nord.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs, laissant de côté le premier essai, qui ne contient guère que la réfutation d'un système contraire, arrivons au second essai, à celui-là même où Locke explique ses propres idées.— L'immense fortune que ce second essai a faite dans l'Amérique du Nord, rend nécessaire d'en donner ici quelques ex-

traits : « Pour bien comprendre le pouvoir politique, dit Locke, et le faire dériver de son original, nous devons considérer la condition dans laquelle tous les hommes sont naturellement; c'est un état de liberté absolue, où ils peuvent diriger leurs actions, disposer de leurs possessions et de leurs personnes comme il le leur semble, dans les limites de la loi de nature, sans avoir à en demander la permission ou sans dépendre de la volonté d'autrui. »

Dans une condition d'égalité, où nul ne possède « plus qu'un autre » rien n'est plus évident que chacun « doit être égal parmi les autres, sans aucune subordination ou subjection, à moins que le seigneur et le maître de tous, ait par une manifeste déclaration de sa volonté, placé l'un d'eux au dessus des autres[1]. Mais quoique ceci soit un état de liberté, ce n'est pas un état de licence; car bien que l'homme en cet état ait la liberté absolue de disposer de sa personne et de ses possessions, il ne saurait cependant se détruire lui-même. L'état de

1. *Civil government*; livre II, ch. II. *De l'état de nature*, édition Morley, pp. 192-193.

nature, a une loi de nature pour se gouverner, qui oblige chacun [1]. »

Et plus loin : « L'homme étant né avec un titre à la liberté absolue, et avec un droit sans restriction à tous les droits et privilèges de la loi naturelle, également avec tout homme ou toute réunion d'hommes dans le monde, a par le droit naturel le pouvoir non seulement de garantir sa propriété, c'est-à-dire sa vie, sa liberté et sa condition, contre les offenses et les attaques des autres hommes, mais de juger et de punir dans les autres les violations de cette loi [2]. »

Et plus loin encore : « Les hommes, comme il a été dit, étant tous par nature libres, égaux et indépendants, nul ne peut être privé de sa condition et soumis au pouvoir politique d'un autre sans son consentement [3]. »

Ailleurs Locke affirme, « qu'il n'y a pas dans l'histoire d'exemple plus fréquent, que celui d'hommes qui se sont retirés d'une société (politique), dans laquelle ils étaient nés » « *et ont établi ailleurs de nouveaux gouvernements* [4]. »

1. *Civil government.*, p. 193.
2. *Ibid.*, ch. XII, p. 254.
3. P. 240.
4. *Ibid.*, p. 251. Les italiques ne sont pas de Locke.

Plus loin encore : Un homme, comme on l'a prouvé, ne peut se soumettre au pouvoir arbitraire d'un autre, et n'a lui-même dans l'état de nature, aucun pouvoir arbitraire sur la vie, la liberté et la propriété d'un autre »[1].

Et enfin cette citation : « Où finit la loi, la tyrannie commence, s'il y a eu transgression de la loi au détriment d'autrui; or quiconque, ayant autorité, excède le pouvoir qui lui a été donné par la loi et fait usage de la force qu'il commande pour imposer au sujet ce que la loi ne permet pas, cesse en cela d'être un magistrat; et, comme il agit sans autorité, on peut s'opposer à lui. » Peut-on donc s'opposer aux ordres d'un prince, peut-on donc lui résister toutes les fois qu'on aura un grief contre lui? « Ceci ébranlerait tout l'ordre politique ; et au lieu d'un gouvernement et de l'ordre, ne laisserait subsister qu'anarchie et confusion. » En outre, ajoute Locke : « Je répondrai ceci : La force ne doit être opposée qu'à la force injuste et illégale. Quiconque résiste dans tout autre cas, attire sur lui la juste condamnation de Dieu et des hommes[2]. »

1. *Ibid.*, p. 261.
2. *Ibid.*, pp. 297-298.

Ici, comme dans presque toutes les conclusions pratiques, l'Anglais, je dirai l'Anglais du XVIIe siècle, se révèle avec toute sa vigueur. Un siècle plus tard Burke lui-même ne parlera guère autrement.

Et ainsi dans tout cet étonnant traité, on trouve, à côté de prémisses en apparence fort étranges, les conclusions les plus logiques et les plus fortement exprimées.

Mais regardons encore une fois à ces simples citations et oublions la thèse du contrat social primitif; que reste-t-il? L'homme est né l'égal des autres hommes; il est né libre; il a droit à ses propriétés, il a droit à améliorer sa condition ; il doit être gouverné par des lois fixes. Tout acte arbitraire constitue la tyrannie; et, dans certains cas extrêmes, la tyrannie justifie l'emploi de la force.

Qui parle ainsi? C'est un Anglais, un des philosophes qui jouissaient à la fin du dernier siècle d'une grande réputation. Son traité sur « le gouvernement civil » traverse immmédiatement l'Atlantique; un demi-siècle plus tard. il sera sur la table où travaille Otis, il sera dans le cabinet des Adams, et en Virginie

parmi les livres de Thomas Jefferson. Nous verrons bientôt l'usage qu'eux et leurs contemporains en sauront faire.

Mais revenons encore une fois à l'Angleterre. Nous en sommes maintenant aux années qui précèdent immédiatement la Révolution d'Amérique; elles peuvent être, à mon sens, comptées parmi les plus importantes, sinon parmi les plus décisives de l'histoire constitutionnelle d'Angleterre.

Dans cette période qui va à peu près de la chute de Robert Walpole au commencement des guerres de la Révolution française, et qui est marquée à l'extérieur par de grands succès et par de graves échecs, un progrès très remarquable se fait dans les institutions du pays ; c'est le temps de lord Chatham, de Charles Fox, de tant d'autres orateurs et conducteurs d'hommes. L'Angleterre compte aussi parmi ses magistrats des jurisconsultes de premier ordre.

C'est dans ce temps que, grâce à la conduite d'une fraction considérable des communes, et, surtout par l'action des tribunaux, les droits du sujet anglais se développent, s'affermissent et sont placés hors de toute atteinte.

Voici d'abord la liberté individuelle. — De débats mémorables connus de tous ceux qui ont étudié l'histoire constitutionnelle d'Angleterre, elle sort définitivement reconnue et respectée; plus d'arrestation arbitraire par ordre d'un officier de la couronne, quels que soient son rang et ses fonctions; plus de mandat de perquisition, à moins qu'il soit émis par le juge, sur cause probable, et qu'il contienne une description précise de la pièce de conviction; la demeure de l'Anglais est maintenant une imprenable forteresse. Qui ne se souvient de la phrase où lord Chatham a représenté cette demeure battue des vents, peut-être à moitié démolie par l'orage, mais où les gens du roi n'entreront pas?

C'est en ce même temps, que la presse périodique ou quotidienne, sort de son ancien état de servage et conquiert le droit de cité. — L'affaire du n° 45 du North Briton et celles de George Wilkes marquent cette grande victoire.

C'est aussi l'époque où le droit de réunion, le droit de libre discussion, enfin celui de pétition cessent d'être contestés [1].

1. Voir sur tous ces sujets les excellents résumés qu'en a fait M. May, *Constitutionnal history of England passim.*

On n'en peut douter, ces progrès accomplis en temps utile, ont puissamment contribué à mettre l'Angleterre en mesure de faire face aux luttes de la Révolution française. C'est parce que le sujet sait quels avantages lui assure sa liberté personnelle; c'est parce qu'il est attaché au gouvernement sous lequel il l'a conquise, qu'il va soutenir tantôt ce même gouvernement. Il pense comme Burke parlant des droits traditionnels de l'Anglais, de ses privilèges héréditaires, de ses franchises. Toutes ces bonnes choses font partie de son héritage ; c'est donc son héritage lui-même qu'il va défendre en les défendant.

C'est pendant cette même période que Jean-Jacques Rousseau, alors à Montlouis, écrivait ce qui suit :

« La lettre du conseiller (de Genève) ne me surprit pas absolument, parce que je pensais comme lui, et comme beaucoup d'autres, que la constitution déclinante menaçait la France d'un prochain délabrement . Les désastres d'une guerre malheureuse, qui tous venaient de la faute du gouvernement; l'incroyable désordre des finances, les tiraillements continuels

de l'administration, partagée jusqu'alors entre deux ou trois ministres en guerre ouverte l'un avec l'autre, et qui, pour se nuire mutuellement, abîmaient le royaume, le mécontentement général du peuple, tout concourait à justifier la prévoyance du conseiller, celle du public et la mienne. » Et un peu loin il ajoute en parlant de M. de Luxembourg : « J'aurais voulu qu'il s'y ménageât, à tout événement une retraite, s'il arrivait que la grande machine vînt à crouler, comme cela paraissait à craindre dans l'état actuel des choses » [1].

Et pendant que Rousseau, dans un moment lucide, découvre ainsi les vices profonds qui ont détraqué la machine en partie construite par Richelieu, et perfectionnée par les habiles ministres de la première partie du règne de Louis XIV, il prépare le *Contrat social* et voici ce qu'il confie au papier : « J'avais vu que tout tenait radicalement à la politique, et que, de quelque façon qu'on s'y prît, aucun peuple ne serait jamais que ce que la nature de son gouvernement le ferait être ; ainsi cette grande question du meilleur gouvernement possible me paraissait

1. *Confessions*, édition Garnier, p. 502.

se réduire à celle-ci : Quelle est la nature du gouvernement propre à former le peuple le plus vertueux, le plus éclairé, le plus sage, le meilleur enfin, à prendre ce mot dans son plus grand sens ? J'avais cru voir que cette question tenait de bien près à cette autre-ci, si même elle en était différente : quel est le gouvernement qui, par sa nature, se tient toujours le plus près de la loi ? De là, qu'est-ce que la loi ? Je voyais que tout cela me menait à de grandes vérités, utiles au bonheur du genre humain, mais surtout à celui de ma patrie, (Genève alors), où je n'avais pas trouvé les notions des lois et de la liberté assez justes, ni assez nettes à mon gré[1]. »

Enfin une dernière citation : « Tout le reste du jour, enfoncé dans la forêt, j'y cherchais, j'y trouvais l'image des premiers temps, dont je traçais fièrement l'histoire ; je faisais main basse sur les petits mensonges des hommes ; j'osais dévoiler à nu leur nature, suivre le progrès du temps et des choses qui l'ont défigurée, et, comparant l'homme de l'homme avec l'homme naturel, lui montrer dans son perfec-

1. *Confessions*, *ibid.*, p. 337.

tionnement prétendu, la véritable source de ses misères. Mon âme exaltée par ces contemplations sublimes, s'élevait auprès de la divinité; et voyant de là mes semblables suivre dans l'aveugle route de leurs préjugés, celle de leurs erreurs, de leurs malheurs, de leurs crimes, je leur criais d'une faible voix qu'ils ne pouvaient entendre : insensés qui vous plaignez sans cesse de la nature, apprenez que tous vos maux viennent de vous.[1] »

Ainsi la machine croule : va-t-elle être réformée d'après le procédé anglais, réparée pour convenir à la course qu'elle peut encore fournir ? Nullement : le maître intellectuel des hommes à venir, a retrouvé l'homme primitif dans la forêt de Montmorency : là son esprit s'est échauffé dans la solitude, et il n'a plus pensé qu'à lui préparer un code de lois nouvelles, entièrement nouvelles; l'ancien édifice est dans un état ruineux ; qu'il s'effondre en entier; c'est la loi qui fait l'homme, et cette loi doit le rapprocher de la nature. Mettez ces idées dans les formules meurtrières de certains chapitres du *Contrat social* ; trouvez des disci-

1. *Confessions*, pp. 342-43.

ples qui aient, par suite de causes presque inexplicables, tellement elles sont multiples et diverses, le pouvoir de les appliquer, et vous avez la Terreur et son régime.

En d'autres termes, sur les ruines du passé, non transformé, mais rasé à niveau du sol, on va élever une nouvelle société sortie de la théorie abstraite, et soutenue par des fureurs.

Voilà donc les deux nations déjà en un complet antagonisme sur leurs institutions essentielles. L'une vient de se retremper dans ses propres traditions et de déduire de nouveaux droits de ses vieilles chartes, de sa vieille constitution et de ses vieux droits ; l'autre existe au jour le jour, dans un édifice qui tremble sur ses fondations, qui se lézarde ; et pendant ce temps, des inexpérimentés lui construisent déjà dans leurs cervelles un édifice nouveau ; et le plus puissant de ces inexpérimentés, aussi le plus dangereux, parce qu'il a cette sorte de logique à lui dont il recouvre ses égarements, est arrivé déjà aux dernières conséquences. Tous les matériaux sont ainsi déposés dans le *Contrat social*; l'homme abstrait doit être rendu heureux et bon ; cela est de principe ; pour

obtenir ce grand résultat, il est aussi de principe qu'il faut savoir frapper, qu'il faut savoir punir, qu'il faut étouffer les cris du genre humain afin d'arriver à ce qu'il soit bon et vertueux.

Ainsi la force anglaise et la force française, poussées par des moteurs de puissance presque égale, sont dès lors en préparation pour la grande époque qui va s'ouvrir. Il faut quelques années encore pour que ces deux forces en arrivent au point où le choc va se faire. Mais quel choc se prépare! l'Europe n'en aura presque jamais vu de pareils; pendant vingt-deux ans il se continuera, et pendant ces vingt-deux ans le monde en sera ébranlé.

Mais revenons au développement des idées de la liberté anglaise: c'est pendant cette même période, c'est-à-dire depuis le milieu du XVIII[e] siècle jusqu'en 1774, que se fait dans les colonies de l'Amérique du Nord, ce travail de préparation qui précéda la crise de l'indépendance. Mais on ne peut parler de l'origine de la liberté américaine, sans rencontrer d'abord la question suivante : quels étaient les rapports qui existaient entre les colonies et la métropole?

Ceux qui ont suivi la tradition maintenue par les écrivains de ce siècle, ont accepté d'eux l'idée que c'est parce que le Parlement d'Angleterre adopta certaines mesures arbitraires, en l'absence de toute représentation des colonies, que la séparation se fit. Nous avons tous pensé à leur suite que la taxe du timbre, celle sur le thé et les ordres d'arrestation arbitraire, décidèrent la révolution ; vue superficielle du sujet et, il faut bien le dire, vue fausse de la question.

Les colonies de l'Angleterre pendant le XVI[e], le XVII[e] et le XVIII[e] siècles, ont été des possessions de la couronne, appartenant au roi en vertu de son titre féodal, et colonisées, gouvernées par lui en dehors et sans le contrôle du parlement. L'idée féodale pure de souveraineté et de propriété s'est maintenue ici dans presque toute sa plénitude.

Les concessions faites par le roi féodal seul, et non par le roi en parlement, à différentes classes d'émigrants, attestent l'ignorance de la part du concédant et du concessionnaire des pays concédés. Demandées ou reçues le plus souvent pour satisfaire à la soif du gain et,

parfois aussi, destinées à donner satisfaction à des passions religieuses intenses, ces concessions se divisaient en trois classes. Les unes constituaient le gouvernement d'un propriétaire, les autres maintenaient le gouvernement royal, d'autres enfin étaient fondées sur une charte qui contenait les termes et conditions du contrat bilatéral entre le souverain féodal et les colonies ; aux termes et conditions ainsi stipulés, le parlement n'avait aucun pouvoir sur ces diverses formes de gouvernements coloniaux. Et ceci est tout aussi vrai en ce qui regardait les privilèges politiques, que les droits civils ou les obligations des sujets. En ceci rien qui ne fût strictement conforme à la constitution d'Angleterre ; d'après le droit féodal, le roi, propriétaire à l'origine de toutes les terres, l'était incontestablement aussi de celles que la couronne acquérait par conquête ou par découverte. Lord Mansfield l'a dit en propres termes dans une décision bien connue, où, parlant de la colonie de la Jamaïque, il s'exprime ainsi : « La Jamaïque, du moment où elle fut colonisée sous l'autorité du roi, créa un établissement dans une île déserte

qui, de droit, appartenait à sa couronne (la couronne d'Angleterre.) (Campbell V^s^. Hall, Cooper, reports I, p. 204.)

Et tout ceci est tellement vrai que, de 1764 à 1774, Samuel Adams, dans sa controverse si connue avec les gouverneurs provinciaux, argumenta de l'idée exprimée par Jacques Ier au parlement, à savoir : que l'Amérique n'avait pas été annexée au royanme, et qu'elle ne relevait pas de la juridiction du parlement.

Même idée dans les arguments des colonies de la nouvelle Angleterre, à la veille de l'insurrection : « La juridiction du parlement, disent-elles, est limitée au royaume d'Angleterre ; l'Amérique ne fait pas partie du royaume. Et comme le roi a concédé les terres de la Grande Bretagne, en vertu de son droit d'investiture féodale, il a concédé des terres aux colonies situées en dehors du royaume. » En un mot l'Amérique fait partie des domaines du roi d'Angleterre ; elle lui doit l'allégeance ; mais elle ne dépend en rien du parlement britannique.

Voilà, dans une forme aussi concrète que possible, l'essence des doctrines énoncées en

Amérique, et sur lesquelles va s'engager le conflit avec la métropole.

Il faut voir maintenant quelle était la condition sociale des Anglo-Américains, au moment où la controverse qui devait amener l'indépendance de l'Amérique était sur le point d'éclater.

L'Angleterre avait transmis à ses colonies bon nombre d'excellents enseignements, et les meilleurs principes du gouvernement libre s'y étaient implantés d'eux-mêmes ; voici comment les choses s'étaient passées :

Il est de droit en Angleterre, que partout où se constitue une colonie composée de sujets anglais, cette colonie est régie exclusivement par les principes du droit commun de l'Angleterre ; il est aussi de droit, que dans toutes les possessions d'outre-mer de la couronne britannique, le sujet anglais doit être gouverné au moyen d'une représentation des habitants dans la colonie elle-même ; en un mot, que dans une colonie, la forme de gouvernement ne peut être despotique.

Ces idées, qui font partie essentielle du droit commun anglais, prévalaient donc partout dans

les treize colonies de l'Amérique du Nord, longtemps avant que la séparation violente se fît entre la métropole et elles.

En outre tous les principes du droit commun anglais qui réglaient les rapports des hommes entre eux, étaient compris et appliqués sur le continent américain.

Sans doute les communications étaient peu régulières entre la métropole et les colonies; mais elles étaient suffisantes pour répandre dans les colonies toutes les idées qui se produisaient à Londres; sans doute encore les distances énormes qui séparaient la Virginie de la nouvelle Angleterre, l'état des routes, le peu de densité de la population pouvaient retarder la transmission des idées entre des hommes qui vivaient si séparés les uns des autres; mais l'échange des pensées, la communion des esprits n'en existaient pas moins à un degré qui ne saurait nous surprendre si nous nous rappelions l'étonnant rapprochement qui, par exemple, existait au XVI[e] siècle, au début de la réforme, entre les novateurs de l'Allemagne et ceux du midi de la France; l'histoire a établi à ce sujet les renseignements les

plus curieux qui sont bien plus surprenants, à coup sûr, que ceux qu'elle rapporte entre 1750 et 1775 au sujet des treize colonies. Voici un fait qui vient à l'appui de ces observations.

Le nombre d'exemplaires des commentaires de Blackstone vendus dans les colonies de l'Amérique du Nord fut incroyable, disent tous ceux qui ont étudié cette question. — Autre fait digne d'attention : les livres de Locke étaient lus et compris à Boston mieux encore qu'à Londres. Enfin les débats du parlement d'Angleterre et ceux de la presse anglaise circulaient, étaient commentés par ceux-là même qui allaient faire la révolution d'Amérique; il ne faut pas oublier non plus, que les décisions des cours anglaises, faisant jurisprudence aux Etats-Unis, venaient y compléter l'arsenal de précédents, de lois, de coutumes, d'arguments et philosophiques, et politiques, et judiciaires dont allaient s'armer les insurgés.

Enfin les griefs se produisent, et ces griefs quels sont-ils ? c'est que le parlement légifère et entend légiférer pour les colonies américaines. A cette prétention, dès 1678, la colonie du Massachussetts avait répondu en affirmant,

« que les lois d'Angleterre ne s'appliquent pas à l'Amérique ; » en 1774, (14 octobre) le congrès déclare que « les habitants des colonies anglaises, par les lois immuables de la nature, par les principes de la constitution anglaise et par leurs différentes chartes et contrats », ont certains droits — ceux-là même que la constitution anglaise reconnaît aux Anglais. Sont énumérés les droits à la liberté de la personne, à la propriété ; le droit de se taxer elle-même inhérent à toute communauté d'hommes ; celui d'être jugé par un jury composé de pairs choisis dans le comté où les faits se sont produits : enfin le congrès déclare que ces droits sont violés par les tentatives du parlement à exercer sa juridiction sur l'Amérique.

Et quand le moment suprême est venu, la déclaration d'indépendance, dirigée contre le roi d'Angleterre seul, l'accuse d'avoir conspiré avec d'autres personnes, — c'est-à-dire avec le parlement, contre la liberté et les droits des colonies.

L'acte du 4 juillet 1776, en déclarant la séparation d'avec la couronne d'Angleterre, met fin pour toujours aux rapports du souverain

féodal et des concessionnaires établis sur les terres qui leur ont été autrefois accordées par un acte de ce souverain.

Et ici encore, pour bien comprendre le sens de la déclaration d'indépendance, il faut regarder en arrière et bien loin dans le passé ; il faut une fois de plus ouvrir les livres de droit féodal.

Le vassal devait au suzerain certains services ; mais le suzerain contractait à son tour des obligations corrélatives vis-à-vis du vassal. L'essence même du contrat féodal tel qu'il existe au moyen âge, c'est la réciprocité. — Or, supposons que le suzerain manque à ses obligations vis-à-vis de ses vassaux, quelle sera la sanction? A cette question suprême l'Angleterre du moyen-âge a répondu en déposant Richard II, l'Angleterre du XVII[e] siècle a répondu en donnant la couronne de Jacques II à Guillaume d'Orange, et les colonies de l'Amérique du Nord y ont répondu à leur tour, en déclarant que le contrat existant entre elles et le suzerain avait été violé, que, par conséquent, il était rompu ; qu'elles se séparaient. Et, en ce faisant, elles s'en rapportaient à la décision de la force.

Idées, à bien des égards toutes féodales dans leur origine, et nullement révolutionnaires dans le sens que l'on donne ailleurs à ce mot.

Ainsi, par suite des rapports féodaux qui existaient encore au moment de la Révolution des Etats-Unis entre la couronne d'Angleterre et les colonies, la liberté américaine prit son essor, et par suite de la doctrine féodale qui autorise et sanctionne la déposition du seigneur suzerain qui a manqué à son contrat vis-à-vis de ses vassaux, une des révolutions qui devait le plus faire pour le triomphe des idées démocratiques est sortie de principes presque entièrement féodaux.

Mais sortons du droit féodal, ouvrons les traités les plus autorisés sur le droit coutumier d'Angleterre; ici l'idée féodale dont il vient d'être parlé, se retrouve sous une forme altérée, mais parfaitement reconnaissable : le droit à la résistance armée est enseigné par Blackstone comme le droit suprême dont la coutume anglaise reconnaît la légitimité.

Ainsi, et du droit féodal pur qui s'était, en un sens, maintenu dans les rapports du roi d'An-

gleterre avec ses concessionnaires américains, et du droit coutumier anglais, tel qu'il était enseigné et reconnu par les plus hautes autorités, se déduisait le droit des colonies à résister les armes à la main et à déposer le roi.

Mais le droit des colonies ne s'arrête pas là : — revenons à l'idée mère de la grande charte, à celle du contrat consenti entre le roi et ses sujets, en vertu duquel les droits de l'Anglais à la liberté, à la propriété sont écrits en caractères ineffaçables, et demandons-nous quelle serait la sanction au cas où le roi romprait les termes essentiels du contrat? A cette question il n'y a qu'une réponse possible: cet acte équivaudrait à une déclaration de guerre, et au cas où la victoire serait au peuple, d'après le droit anglais, le souverain devrait être jugé, et probablement il serait reconnu coupable. En fait, les colonies ne pouvaient appliquer techniquement ce droit, et juger Georges III, mais elles pouvaient du moins se dégager de leur allégeance envers lui et le déposer. Ainsi à quelque point de vue qu'on se place, et aussi bien en invoquant le droit féodal que le droit constitutionnel d'Angleterre; en allant jusqu'au fond même du

droit commun[1], on ne peut mettre en doute la stricte application que les Anglo-Américains ont faite à leur cause du droit entier de l'Angleterre ; la révolution de 1776 en Amérique est une conclusion logique, presque nécessaire de la grande charte de 1215.

Mais il y a encore un autre élément dans la déclaration d'indépendance ; elle ne contient pas seulement une thèse de droit public ; la pensée de Locke est entrée dans le cerveau des rédacteurs, et y tient une place importante.

Non assurément que les théories du contrat social y aient laissé une marque profonde ; mais, et la doctrine de l'égalité des hommes, et celle de leur liberté, et celle du droit de résistance à l'oppression ; enfin le droit de séparation, si nettement exprimé dans Locke, se trouvent ici reproduits et presque copiés mot à mot. On ne saurait contester l'origine de certaines phrases, la tournure donnée à certaines pensées ; aussi, en considérant ce document, un des plus remarquables qui soient émanés de la pensée collective des hommes, on doit le re-

1. Il ne faut pas oublier que le droit constitutionnel fait partie du droit commun.

garder à deux points de vue différents : d'une part, il exprime les idées du droit anglais; c'est ce droit qui fournit les meilleurs, les plus puissants, on peut même dire les plus irrésistibles arguments; mais, d'autre part, la doctrine philosophique de Locke n'est pas restée inutile; elle y est entrée par plusieurs côtés ; de là, s'il est permis de dire un mot sur la partie littéraire de l'œuvre, le degré de puissance qui se remarque dans son ensemble. Si la déclaration d'indépendance avait été une remontrance à la façon de celles qui furent adressées à diverses époques par le parlement, elle eût pu produire le résultat immédiat ; elle eût justifié la cause des insurgés et légitimé leurs actes; mais il est fort douteux qu'elle se fût gravée comme elle l'a fait, dans l'esprit des générations qui ont suivi. — Si, au contraire, les rédacteurs avaient écrit un document philosophique à la façon de ceux que Sieyès produisit en France quelques années plus tard, ils n'auraient ni armé les hommes, ni ranimé les défaillants, ni contribué au succès de la cause ; mais à la mesure où quelques grandes affirmations philosophiques viennent se fondre dans l'exposé des

griefs et à la manière dont les deux courants d'idées se joignent dans la puissance de la conclusion, on doit reconnaître une très heureuse inspiration et constater une extrême puissance[1].

Mais allons un peu plus avant dans la déclaration d'indépendance de 1776 ; perdons de vue toute l'argumentation qui repose sur les droits du sujet violés par le souverain, et cherchons les principes de droit public qui y sont énoncés.

Voici d'abord celui de l'égalité des hommes. Et qu'on observe bien de quelle manière il est marqué dans le texte : « tous les hommes, y

1. L'histoire de la déclaration d'indépendance ne saurait être écrite, sans rapprocher le texte de la déclaration des essais qui l'avaient précédée ou qui l'ont presque immédiatement suivie; à certains points de vue rien ne montre mieux la double origine de ce grand document que cette comparaison.

Le comté du Mecklenburg, dans la Caroline du Nord, a dit dès 1775, que les colonies « déclarent elles-mêmes former un peuple libre et indépendant, qui, en droit, doit constituer une association souveraine, et qui se gouvernera lui-même; qui ne peut reconnaître d'autre souverain que Dieu et le gouvernement général du congrès; » et puis il avait ajouté ces paroles qui montrent bien la pensée des contemporains : « le comté adopte à nouveau toutes les lois antérieurement en vigueur dans la Caroline du Nord, à

est-il dit, sont créés égaux », la pensée et la forme sont toutes deux empruntées à Locke ; toutefois qu'on n'exagère pas la portée de cette déclaration. Bien qu'il s'agisse du concept abstrait d'une société d'égaux, telle que l'avait présentée Locke, la déclaration que tous les hommes sont nés égaux n'en doit pas moins être entendue dans un sens restreint ; et la preuve, c'est qu'au moment même où la déclaration d'indépendance était proclamée, les colonies maintenaient le droit coutumier d'Angleterre ; le comté de Mecklenbourg disait en 1775 qu'il entendait seulement exclure les droits et privilèges de la couronne d'Angleterre ; le Maryland stipulait formellement en 1776 « que les lois d'Angleterre resteraient en vigueur ; »

l'exclusion de tous droits et privilèges de la couronne d'Angleterre qui ont cessé d'exister. » (Voir *Charters and constitutions*. vol. II, p. 1409)

Voilà ce qui se disait si bien un an avant la déclaration d'indépendance ; après qu'elle a été votée, le ton s'élève ; il ne s'agit plus seulement des droits particuliers de l'Anglo-Américain ; en 1777, la Géorgie adopte une constitution, et dans le préambule se trouve cette phrase : les hommes libres ont été forcés « à affirmer les droits et privilèges auxquels ils ont droit d'après les lois de la nature et de la raison. » (*Ibid.*, vol. I, p. 378. — Voir aussi la constitution du Maryland de 1776.)

New-York rendait une ordonnance semblable. Plus encore : même les colonies le plus pénétrées de l'esprit démocratique, qui, tout en maintenant le droit commun anglais, y avaient fait entrer l'idée du partage égal *ab intestat*, n'avaient nullement altéré l'ensemble de ce droit qui restait en possession de l'esprit américain, et y tenait en échec les principes égalitaires avec lesquels par essence il s'accommode assez mal.

Mais nous réservons pour les deux chapitres suivants l'examen de la question de l'égalité démocratique. Continuons donc à lire la déclaration d'indépendance. Le paragraphe suivant énonce que tous les hommes « ont été dotés par le créateur de certains droits inaliénables, parmi lesquels sont « LES DROITS » à la vie, à la liberté et à la poursuite du bonheur ». Ceci est une idée essentiellement anglaise ; elle appartient à la plus saine tradition ; elle est déjà en germe dans la grande charte, et John Fortescue avait dit, dès le XVe siècle, que tout Anglais devait être protégé dans sa vie et dans ses membres. Mais dans la déclaration d'indépendance l'expression acquiert une vigueur nou-

velle; la vie, la liberté, la poursuite du bonheur sont des droits inaliénables. La pensée qui a évidemment germé pendant des siècles, nulle part avant 1776, n'a été rendue, que je sache, avec cette netteté et cette vigueur.

Enfin, le texte ajoute que « les gouvernements sont institués parmi les hommes pour assurer ces droits, et qu'ils tiennent leurs justes pouvoirs du consentement des gouvernés. Que quand une forme de gouvernement devient destructive de ces fins, c'est le droit du peuple de la modifier ou de l'abolir, et d'instituer un nouveau gouvernement en établissant ses fondements sur les principes, et en organisant les pouvoirs dans la forme qui lui semblera la plus propre à assurer sa sûreté et son bonheur. » Mais tout de suite viennent les réserves les plus formelles sur l'application de ces principes : « la prudence dicte que les gouvernements établis depuis longtemps, ne doivent pas être changés pour des causes peu importantes et d'un caractère temporaire ; » « la tendance de l'humanité est de supporter les maux tant qu'ils sont supportables, plutôt que de se faire justice en abolissant les formes de gou-

vernement auxquelles elle est accoutumée ; toutefois, s'il résulte des abus commis que le propos délibéré de réduire le peuple à une servitude absolue soit manifeste, c'est son devoir, c'est son droit de rejeter un semblable gouvernement et d'établir de nouvelles protections pour la sûreté future. » Tel est le droit de résistance, tels les faits qui en justifient l'usage.

Presque toutes ces maximes sont puisées dans le droit coutumier anglais, aussi bien que tirées de Locke. Le droit anglais et les principes de la philosophie de Locke sont ici en parfait accord.

Mais ces remarques une fois faites sur les réserves mêmes dont le droit de résistance est ici entouré, il n'en reste pas moins vrai que, dans la partie de ce même paragraphe qui est relatif à la souveraineté du peuple, la déclaration d'indépendance a énoncé, en un certain sens, une idée nouvelle ; ou, pour mieux dire, elle a fait passer pour la première fois dans un document politique, la maxime d'après laquelle les gouvernants tiennent leur pouvoir du seul consentement des gouvernés. C'est donc en 1776, et par la bouche de M. Jefferson que le

monde a entendu pour la première fois une société vivante, en armes et prête aux suprêmes efforts, affirmer nettement ce principe.

Sans doute il est aisé de voir que, du moment où les institutions de la couronne britannique étaient mises d'un coup à néant, il ne restait plus dans les treize colonies, maintenant en armes, qu'un seul corps d'hommes libres, à présent devenus maîtres ; que, par conséquent, tout pouvoir devait nécessairement venir d'eux ; et, en ce sens, ces fortes paroles ne sont que la conclusion logique de l'idée de la résistance armée contre la tyrannie. Mais ceci n'enlève rien à leur importance.

Arrivés au point où nous sommes, nous pouvons ramener à trois propositions principales tout ce que la déclaration d'indépendance contient sur les droits de l'homme et sur la souveraineté du peuple. En premier lieu, les hommes sont créés égaux, — c'est l'énonciation d'un fait. — En second lieu, le gouvernement tient ses pouvoirs du consentement du peuple ; ceci est le principe même d'où sortent presque en même temps tous les gouvernements qui se créent dans les colonies insurgées ; — c'est

aussi le principe destiné à être tôt ou tard reconnu implicitement ou explicitement par toutes les sociétés du siècle présent.

Enfin, tous les hommes ont certains droits inaliénables, imprescriptibles qu'ils ont reçus du créateur; c'est la tradition anglaise qui revit par la bouche du rédacteur de la déclaration d'indépendance ; Jefferson ne saurait élever la voix de manière à dominer celle du passé ; l'histoire et le présent parlent ici à l'unisson. C'est le commentaire de ces trois idées principales qui va faire l'objet de ce livre.

Pour me conformer aux règles de la logique, j'ai pris la liberté d'intervertir l'ordre dans lequel elles sont énoncées. La déclaration d'indépendance parle d'abord de l'égalité, puis des droits inaliénables de l'homme ; enfin du gouvernement et de la souveraineté. Afin d'examiner dans leurs rapports, assez intimes, les idées d'égalité et celles de la souveraineté du peuple, je les ai, au contraire, rapprochées ; de telle sorte que l'examen des droits de l'homme et du citoyen ne sera fait que dans la dernière partie du volume.

Et maintenant, en résumant ce qui a été dit

jusqu'ici, il me paraît qu'on peut, sans difficulté retracer en quelques mots l'histoire de la liberté anglo-américaine depuis le moyen-âge. Reconnue environ au XIIIe siècle, elle grandit vite, elle atteint rapidement un véritable degré de force. Au temps de John Fortescue, le droit anglais est déjà parfaitement constitué; on reconnaît dès lors tous ses traits principaux qui vont rester ineffaçables à travers les siècles. Franchissons environ deux cent cinquante ans; l'œuvre moderne, ébauchée du temps de Fortescue, s'est dégagée de l'argile informe, et nous apercevons déjà les grandes lignes de la statue; franchissons encore cinquante ou soixante ans; passons du temps de Guillaume III à celui de lord Chatham, de lord Cambden; la statue est presque parfaite.

C'est à ce moment que le sculpteur américain reprend à son tour le modèle anglais, et qu'il le retouche à sa façon. — Sous son ciseau le costume change, certaines attitudes sont modifiées; cependant regardez bien; les traits principaux ont à peine changé : les membres ont presque les mêmes formes, les muscles et l'ossature sont à peu près

semblables ; enfin c'est presque la même vie.

Si nous sommes parvenus à indiquer suffisamment la condition où se trouvaient les Anglo-Américains vers 1776, nous avons fait pressentir déjà quelle sera la nature de l'institution républicaine qui va se fonder. Ce sera un gouvernement établi sur le principe même du contrat passé en 1215 entre le roi et ses sujets; le roi du XIIIe siècle a reconnu que ses sujets avaient des droits, ses successeurs ont admis ces droits plus formellement : la liberté du sujet, son droit à l'inviolabilité de sa personne, de sa propriété ; son droit de parler, de penser, d'écrire, de se réunir à d'autres sujets, de s'associer avec eux, ne saurait être exposé un instant aux hasards de la politique ou aux passions du peuple. Par conséquent, dès la période de formation, aux Etats-Unis tous les droits du citoyen seront, pour ainsi dire, retirés du domaine public, soustraits aux passions des partis, et le premier des actes du pouvoir souverain consistera à interdire aux pouvoirs politiques qu'il va créer, l'accès de cette enceinte sacrée. C'est le sens de ce premier chapitre de la constitution de la Virginie

où, dès 1776, sous le titre de déclaration (bill) des droits, le souverain réserve au citoyen, à l'individu, ces droits qui sont inhérents à sa personne ; et c'est seulement quand ce départ de la souveraineté est fait, qu'il crée des pouvoirs politiques auxquels il confie certaines attributions. Ce qui se passe dans la Virginie en 1776, se passe partout ailleurs dans les années suivantes ; et, si quelques Etats n'écrivent pas dès lors, les termes mêmes du contrat dans leurs constitutions, c'est uniquement parce que, d'après eux, ce serait peine inutile, attendu que le droit commun qui gouverne chaque colonie les contient sans réserves ; — mais cependant le besoin de bien protéger ces droits est si grand, le sentiment public si fort, que peu à peu, chaque Etat en revient à l'idée de la constitution de la Virginie, et partout le contrat entre le souverain et les pouvoirs délégués est écrit en termes positifs dans les textes constitutionnels.

On peut le dire, la charte des libertés de 1215 contenait en germes et la constitution d'Angleterre telle qu'elle existe aujourd'hui, et les principes énoncés dans le droit constitutionnel

de la République des Etats-Unis. L'idée première, l'idée maîtresse de la constitution d'Angleterre et de « la forme républicaine de gouvernement » qui prévaut en Amérique, est la même ; c'est dans les deux cas celle du contrat fait entre le sujet ou le citoyen d'une part, et les pouvoirs publics de l'autre, en vertu duquel la première des parties contractantes se réserve ses propres droits.

Telles sont les idées principales que nous allons essayer d'expliquer dans ce volume.

CHAPITRE II

DE L'ÉGALITÉ

Un des membres de la convention de Philadelphie qui a rédigé la constitution des Etats-Unis, a décrit dans cette assemblée l'état social du pays tel qu'il le voyait au moment où il parlait : « un corps aristocratique, dit Pinkney, ne peut pas exister de longtemps dans ce pays ; » « pour le démontrer, j'ai observé que les habitants des Etats-Unis sont plus semblables les uns aux autres, en ce qui regarde leurs fortunes, que ne le sont ceux de n'importe quel autre pays ; qu'il y a peu d'hommes riches au milieu d'eux, — par hommes riches j'entends ceux dont la fortune peut avoir une dangereuse

influence, ou ceux qui sont regardés comme riches en Europe, — peut-être n'y en a-t-il pas cent sur ce continent. Et il n'est pas à penser que ce nombre augmente considérablement dans un pays qui sera un pays neuf pendant des siècles. » « La destruction du droit de primogéniture et l'égale division des successions aura aussi pour effet de maintenir cette médiocrité, car les lois affectent invariablement les habitudes des peuples. D'autre part, cette vaste étendue de territoire non peuplé, qui ouvre aux gens frugaux et industrieux, une route sûre vers l'indépendance que donne la fortune, empêchera pendant longtemps l'accroissement de la pauvreté. » « L'égalité est, d'après moi, le trait caractéristique des Etats-Unis. »

Et, plus loin, Pinkney continue ainsi : « Voici comment je juge notre vraie situation ; un nouveau et vaste territoire qui contient les éléments nécessaires pour y établir un gouvernement capable d'assurer à ses citoyens tous les avantages de la liberté civile et religieuse, capable de les rendre heureux dans leur patrie ; tel est l'objet principal des gouvernements républicains. » « Les habitants des

Etats-Unis peuvent être divisés en trois classes : les hommes qui exercent une profession, et qui par leur profession même doivent toujours être d'un poids considérable dans le gouvernement, tant qu'il restera gouvernement populaire ; les commerçants qui peuvent avoir ou qui peuvent ne pas avoir d'influence ; » ceci dépend de « la législation commerciale qui prévaudra. » « La troisième classe est formée des propriétaires du sol et de ceux qui le cultivent ; ce sont ceux-là qui forment et qui devraient toujours former l'élément du gouvernement ; » d'où Pinkney conclut que « l'égalité qui existe et qui, pour les raisons déjà expliquées, doit continuer à exister, résulte de ce qu'il n'y a en fait qu'un grand corps d'égaux », « au milieu desquels il ne saurait se produire de distinctions de rang, et où il ne pourrait y avoir que peu de distinctions résultant de l'inégalité des fortunes[1] ».

D'après ce portrait évidemment exact, on peut aisément concevoir que dans des communautés semblables, il n'existera plus d'inéga-

1. Voir *Elliot's debates*, vol. V, qui contiennent les « la Madison papers », pp. 949 et suiv.

lités de condition ; et que, d'autre part, la terre n'a pas encore acquis et n'acquerra probablement pas de bien longtemps, par le fait même que la population est peu considérable et le continent immense et inculte, une valeur suffisante pour assurer une supériorité sociale au très grand propriétaire foncier ; — en même temps, le commerce est encore peu étendu ; il n'existe que peu ou point d'industries importantes ; par conséquent, les sources principales de la richesse qui peut créer l'inégalité sociale, ne coulent pas encore assez à plein bord pour beaucoup affecter les relations des hommes entre eux.

D'autre part, même en donnant à l'exposé de Pinkney, comme je suis porté à le faire, toute l'importance qu'il mérite, il est évident que l'orateur décrit sans presque s'en douter une société où la condition moyenne des hommes les fait ressembler les uns aux autres bien plus qu'il ne représente une communauté d'égaux ; et la preuve, c'est que nulle part Pinkney ne parle de conférer à ces habitants des treize colonies un droit égal de suffrage politique.

Et plus encore, il admet que cette condition

à peu près semblable des hommes tient uniquement aux circonstances; seulement, d'après lui, cet état de choses ne saurait se modifier pendant des siècles.

Aussi donnons aux mots employés par Pinkney leur vrai sens, et nous trouverons que la société qu'il décrit est une société où existe en fait une classe moyenne formée, soit de gens qui exercent une profession libérale, soit de commerçants, et soit enfin de propriétaires ; — ce sont eux qui forment la classe gouvernante, dirigeante. Quant à ceux qui n'y rentrent pas, ils jouissent de tous leurs droits, absolument comme le font les hommes libres qui forment l'immense majorité de la population de la Grande-Bretagne et qui ne participent pas au droit de vote; les Américains ont en outre des facilités considérables pour entrer dans la classe électorale que n'ont assurément pas, au même degré leurs pareils en Angleterre ; toutefois ils n'y sont pas encore.

Mais tâchons de pénétrer plus avant dans la question. Pinkney a décrit les faits de surface, si l'on peut se servir de cette expression,

allons jusqu'aux faits dont il n'a pas dû parler, peut-être parce que chacun de ses auditeurs les connaissait.

Il est bien certain, à mon sens, que c'est dans les lois mêmes qui régissent une société, que l'on peut retrouver l'expression vivante de ses pensées, de ses désirs ; c'est là que se révèlent ses vraies tendances ; or, demandons-nous, quel est le droit qui régit alors les Anglo-Américains ?

C'est le droit coutumier d'Angleterre, plus ou moins modifié dans quelques parties, en général accessoires, par des statuts ou des précédents locaux ; mais ces éléments nouveaux n'en ont en rien altéré la physionomie principale. — Ici nous trouvons encore mêmes rapports entre les personnes, entre les personnes et les choses : — droit de primogéniture, substitutions, enfin liberté du propriétaire de disposer, comme il lui convient, soit entre vifs, soit par testament, de sa propriété. — Toute la théorie des transferts fiduciaires combinée avec le pouvoir de disposer investi dans le bénéficiaire, (power of appointment) revit sur ce côté de l'Atlantique. En ce qui regarde le droit de tes-

ter, la loi n'impose pour ainsi dire pas de limites[1].

Tel est, en un mot, le corps de lois qui régissent les colonies au moment même où la déclaration d'indépendance marque que tous les hommes sont nés égaux. Jusqu'à quel point cette idée nouvelle va-t-elle pénétrer dans les parties vitales de cette société et changer ses lois civiles, son système de droit commun ?

La réponse à cette question exigerait des volumes et probablement les mériterait. Ici nous devons indiquer seulement ce qui se passa; voici la constitution adoptée environ un an plus tard par l'Etat de New-York : elle ordonne dans son article xxxv que « toutes les parties du droit coutumier d'Angleterre, les actes législatifs d'Angleterre ainsi que les lois de cette dite colonie (New-York), existants le 19 avril 1875, continueront à régir cet Etat, sauf les changements et les dispositions que la législature pourra faire ou adopter. »

Et le commentateur assurément le plus au-

1. Dans certaines colonies, dans le Massachussets, par exemple, le droit de primogéniture avait été aboli avant 1776 ou était au moins tombé en désuétude.

torisé des lois, us et coutumes de New-York, le chancelier Kent, écrivant une trentaine d'années plus tard, résume les changements qui se sont produits dans le droit commun depuis la révolution, non seulement en ce qui regarde l'Etat de New-York, mais aussi tous les autres Etats ; il le fait dans une page qui mérite d'être traduite en entier :

« Le principe qui gouverne la tenure (des terres) est maintenu à un degré très digne de remarque par les lois qui régissent la propriété foncière dans ce pays. Le caractère de la propriété est essentiellement allodial, et chaque tenancier *en fief absolu* (fee simple) a un titre absolu et parfait ; cependant, dans la langue technique, son droit est désigné sous le nom de *fief absolu* ; je pense que cette expression est généralement entrelacée dans la jurisprudence de chacun des Etats, bien que le dernier vestige de tenure féodale ait disparu. Dans nombre d'Etats, il n'y a jamais eu trace de tenure féodale, et dans chacun d'eux, la propriété de la terre est essentiellement libre et indépendante. Le statut de New-York du 20 février 1787 (onze ans après la déclaration d'indépendance) intitulé

un acte relatif aux tenures, a remis en vigueur le statut de Charles II, ch. 24, qui abolit les tenures militaires et les transforme en libre propriété (common socage). En vertu de ce statut, toutes terres qui sont de nature transmissible, sont aux termes du droit commun, tenues en vertu d'un titre absolu (held in free and common socage), tandis que toutes les terres concédées par le peuple de l'état sont déclarées allodiales et possédées en *fief* ou simplement en alleu. Les statuts révisés de New-York, rendus exécutoires le 1er janvier 1830, abolirent entièrement le système existant des tenures féodales quelle qu'en fût la nature, et ils déclarèrent que toutes les terres sises dans l'Etat seraient allodiales »[1].

Cette page si exacte, mérite d'être commentée à plusieurs égards. — En premier lieu, on remarquera que ce n'est que cinquante-quatre ans après la déclaration d'indépendance que l'Etat de New-York abolit les dernières traces du régime féodal.

En même temps, la transition s'est faite avec si peu de violence, et, si on peut le dire, si na-

1. *Kent's commentaries*, vol. III, pp. 488 et suiv.

turellement que la langue du droit a retenu les mots anciens, alors même qu'ils ont entièrement perdu leur sens primitif. Par exemple, l'idée qui s'attachait au mot « fief » était celle de la concession du souverain au vassal : eh bien! cette idée s'est fondue dans la notion du franc alleu, si bien que les deux expressions qui rendaient autrefois deux pensées opposées en sont venues à signifier la même chose[1]. Et il en est ainsi, non seulement dans les anciennes colonies, mais dans les Etats les plus nou-

1. Cette déviation du sens qu'avait d'abord le mot fief, s'est produite depuis longtemps en Angleterre. Herbert Broom dit dans ses commentaires sur le droit commun : « Le fief simple, « feudum » ou « feodum simplex » est donc le plus haut intérêt dans la terre qu'un sujet puisse posséder; le tenancier jouit du domaine utile, dont il perçoit tous les revenus qui proviennent du sol; d'où il arrive que dans les actes les plus solennels du droit, une personne est dite avoir la saisine tout comme s'il s'agissait d'un fief, propriété qui n'est pas absolue, mais qui est limitée ou féodale (vol. I, pp. 545-546). Faisons un pas en avant; le roi n'est plus le propriétaire primitif de toute terre, que par simple fiction; et par conséquent, le fief absolu tend à devenir *ipso facto* l'équivalent de l'alleu. Théoriquement la transformation n'est pas complète en Angleterre; mais depuis l'acte qui, sous Charles II, a aboli les tenures militaires, les mots « fee simple » fief absolu, ont certainement tendu à perdre leur vrai sens. »

vellement créés et peuplés. Le citoyen du Kansas ou celui de la Californie dira comme celui de New-York qu'il possède sa terre en fief absolu ; et législateurs, juges et avocats se serviront partout de cette même expression.

Mais la tenure militaire était abolie en Angleterre dès le temps de Charles II, et la loi anglaise n'en est pas moins restée essentiellement aristocratique; qu'est-il donc advenu du droit commun américain ?

Les règles relatives au droit de primogéniture sont changées; celles qui gouvernent les substitutions sont altérées ; le droit de substituer est restreint d'une manière ou très notable ou du moins notable, mais, à ces exceptions près, le corps du droit anglais, si on peut se servir de cette expression, reste le même.

La preuve la plus aisée à fournir sera donnée par l'Etat du Maryland. L'article III de la constitution adoptée en novembre 1776, porte en toutes lettres, que « les habitants du Maryland, ont droit à être régis par le droit commun d'Angleterre; ils ont droit au jugement par jury tel qu'il y est établi ; ils ont droit à être gouvernés par ceux des statuts anglais qui

étaient en vigueur à l'époque de leur première émigration, et dont l'expérience a démontré l'utilité; » « ils ont droit à être régis aussi par les statuts adoptés depuis lors en Angleterre, tels qu'ils y ont été introduits et appliqués dans les tribunaux de droit commun et d'équité. »

On pourrait multiplier les citations, on verrait que l'esprit est partout le même; partout le droit coutumier anglais gouverne; c'est lui qui a pénétré jusqu'au fond de la société nouvelle, formée sous son empire. Or ce que ce droit cherche, c'est à assurer par tous les moyens, la garantie des droits; quant à l'égalité des hommes entre eux, en bien des sens il n'en a jamais eu même la notion distincte.

Relisons donc encore une fois la première phrase de la déclaration d'indépendance; voyons comment elle procède : elle énonce que tous les hommes sont créés égaux, mais elle ajoute immédiatement, en donnant, ici aux expressions toute la vigueur, et, si l'on pouvait le dire, toute l'intensité dont ils sont capables : ces hommes créés égaux « ont reçu du créateur certains droits inaliénables. » En d'autres ter-

mes, si l'égalité est un fait, les droits du citoyen sont plus : ils constituent le plus sacré des droits puisqu'il le tient de Dieu même.

Thomas Jefferson, puisque c'est lui qui a tenu la plume, a marqué dans cette phrase le fond même de la pensée contemporaine.

Nous remarquerons toutefois en passant que la déclaration d'indépendance n'est pas un monument législatif, encore moins un acte constitutionnel ; elle est plus et elle est moins : elle est plus en ce sens qu'elle contient l'expression complète de la pensée nationale, elle est moins en ce sens qu'elle ne fait pas partie du droit constitutionnel.

Mais voici une autre expression de la pensée contemporaine qui mérite aussi l'attention ; ici il s'agit d'un grand acte législatif. C'est un document de première importance qui va nous montrer l'état exact des esprits en cette année 1787 où la convention de Philadelphie adoptait la constitution des Etats-Unis; il est émané du congrès de la confédération et est intitulé « Ordonnance pour le gouvernement du territoire des Etats-Unis au Nord-Ouest de la rivière l'Ohio. » Il s'agissait d'organiser ces

immenses contrées qui forment maintenant les Etats du Nord-Ouest.

Le congrès décide que, dans ces territoires, toute succession *ab intestat* se divisera en parts égales, soit qu'il y ait des héritiers directs, soit qu'il n'y ait que des collatéraux habiles à succéder. Toutefois, jusqu'au moment où il y aura des autorités constituées dans ce territoire, avec pouvoir de faire des lois, toute personne pourra y disposer de sa propriété par testament, par vente, par bail ; toute propriété mobilière peut être transférée par simple livraison, — une exception est cependant faite pour certains Canadiens français qui continueront à disposer de leurs propriétés, soit entre vifs, soit après décès, conformément à leurs lois, (c'est-à-dire en fait conformément à l'ancienne coutume de Paris.) Règles qui, tout en supprimant le droit de primogéniture, laissent au propriétaire le droit de disposer entre vifs de toutes ses propriétés, aussi bien que le droit de tester sans aucune limite qui fixe la quotité disponible.

En outre, ce grand acte législatif n'exclut nullement l'usage du système de la propriété

fiduciaire. Enfin, il convient de remarquer que ce territoire est laissé libre d'adopter les règles du droit coutumier qu'il jugera les meilleures. En d'autres termes, sous certaines réserves relatives au partage égal entre cohéritiers, c'est l'adoption ultérieure du droit de la Virginie, de la Pensylvanie, de New-York et des états de la Nouvelle Angleterre, c'est-à-dire du droit coutumier anglais, que préparait l'ordonnance relative au Nord-Ouest [1].

Mais poursuivons l'examen de cette ordonnance : elle statue que le gouvernement du territoire sera confié à un gouverneur choisi par le congrès) l'acte est antérieur à la constitution des Etats-Unis); ce gouverneur devra être propriétaire dans le territoire de mille acres de terre; il sera assisté d'un secré-

1. On ne saurait trop appeler l'attention sur la marche progressive du droit coutumier (common law) dans les Etats-Unis : il s'établit d'abord dans chacune des colonies sur la côte de l'Atlantique; puis, à mesure que les habitants de ces colonies émigrent vers l'Ouest, le droit coutumier anglais y émigre avec eux, — à la seule exception d'une partie de la Louisiane où s'est perpétué le code civil, tout le droit américain reproduit le droit coutumier anglais, à moins qu'il ne soit formellement changé ou modifié par le moyen de lois écrites.

taire choisi de même, qui possédera cinq cents acres de terre; il y aura un tribunal composé de trois juges qui exercera la juridiction des tribunaux de droit commun; chacun des juges devra posséder cinq cents acres de terre.

Ces autorités, pour ainsi dire primordiales, qui adopteront les premières lois nécessaires à l'administration du territoire, le diviseront en certains districts; et dès que dans l'un de ces districts, il y aura une population mâle de plus de cinq mille habitants âgés de plus de vingt-un ans, ceux-ci éliront un représentant pour chaque groupe de cinq cents habitants; mais nul habitant ne pourra être élu, s'il n'a été pendant trois ans citoyen des Etats-Unis et s'il n'a pas résidé trois ans dans le district; en outre, il doit posséder deux cents acres de terre. De son côté, l'électeur doit en posséder cinquante et compter deux ans de résidence.

Nous devons omettre ici tout ce qui dans ce document se rapporte à l'organisation du pouvoir législatif.

Venons-en maintenant aux articles I et II de la section 14 qu'il faut reproduire en entier. Le législateur entend y tracer les règles fixes

d'après lesquelles les Etats dont il prévoit la formation future, établiront leurs gouvernements.

« ARTICLE I. Aucune personne dont la conduite sera paisible et régulière, ne sera jamais molestée dans lesdits territoires par raison de la forme de son culte ou de ses sentiments religieux. »

« ARTICLE II. Les habitants du territoire auront toujours droit à recourir au « *Writ* d'*habeas corpus* »; ils auront droit au jugement par jury; à la représentation proportionnelle du peuple dans la législature; et toute procédure judiciaire sera faite d'après le droit commun. Toute personne sera mise en liberté sous caution, à l'exception des cas d'offenses capitales, quand les preuves seront convaincantes, ou les présomptions graves. Toute amende sera modérée, aucun châtiment cruel ou inusité ne sera infligé. Nul ne sera privé de sa liberté ou de sa propriété sans le jugement de ses pairs, et ce jugement sera prononcé d'après la loi du pays, et eu vue du juste maintien des droits et de la propriété ; il est entendu et déclaré qu'aucune loi ne sera jamais faite ou mise en vigueur dans ledit territoire qui, d'une manière quelconque,

modifierait ou affecterait la force des conventions ou engagements contractés de bonne foi et sans fraude entre particuliers. »

Qu'on considère maintenant la date où ce document mémorable a été promulgué ; c'est le 13 juillet 1787 ; la constitution des Etats-Unis a été votée et adoptée le 17 septembre de la même année. L'ordonnance qui a donné la vie aux territoires du Nord-Ouest, d'où sont sortis en grande partie les Etats-Unis d'aujourd'hui, et l'acte constitutionnel qui les gouverne, respirent le même esprit ; c'est l'esprit anglais, modifié par la force des circonstances et par la révolution qui vient de séparer les colonies de la royauté britannique et de ce qui peut rester encore de formes féodales en Angleterre. A tout ceci il n'y a rien à reprendre. Mais reportons-nous de onze ans en arrière, relisons la déclaration d'indépendance ; ce qu'elle a dit sur l'égalité primitive des hommes n'a produit que peu d'effet ; sans doute dans l'ordonnance du 13 juillet 1787, nous trouvons le principe du partage égal dans les successions, mais c'est sous la réserve du droit absolu du propriétaire à disposer de toute sa propriété

entre vifs ou après sa mort, tout comme il l'entend ; en outre, dès qu'il existera un code de lois, ce code pourra établir, et en fait établira toutes les règles du droit coutumier et de la jurisprudence d'équité sur la propriété fiduciaire et sur les substitutions. D'autre part, dans la sphère politique, l'ordonnance du 13 juillet 1787, reconnaît le principe du cens ; elle l'impose à l'électeur et même à l'élu.

Enfin, à une seule exception près, les droits de l'individu si solennellement énoncés, sont ceux qui existaient au même moment en Angleterre ; cette exception est celle relative à la liberté religieuse ; celle-ci constitue la seule innovation aux principes alors admis, comme faisant partie de la constitution britannique. Chose même assez curieuse, aucune disposition n'est prise par cette loi, pour maintenir la liberté de la presse ni celle du droit de réunion ; elles existent sans doute ; mais en vertu du droit commun [1].

1. Il est impossible de ne pas observer en passant, que ce même statut a interdit l'introduction de l'esclavage dans tous les territoires dits du Nord-Ouest ; à tous égards c'est donc un des documents les plus importants de l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis.

Maintenant ouvrons encore une fois le digeste ; au titre 1er, nous trouvons ces paroles d'Ulpien déjà citées en partie ; « le droit public est celui qui a rapport à l'état de la chose romaine, le droit privé a rapport à l'utilité de chacun ; en effet certaines choses sont utiles au point de vue public, d'autres au point de vue privé. Le droit public consiste dans les choses sacrées, dans les sacerdoces, dans les magistratures. » Ceci est fort bien dit ; mais laisse une immense lacune dans l'esprit et dans la société. Comment ! le droit public est celui qui réglera les choses sacrées, les sacerdoces et les magistratures ; le droit civil réglera les rapports des hommes entre eux : mais qu'adviendra-t-il des rapports des hommes vis-à-vis de la chose publique? le digeste répond un peu plus loin en affirmant que c'est à l'empereur d'en traiter comme bon lui semblera.

En d'autres termes, le citoyen n'a aucun droit vis-à-vis de l'état — les mots : droit public déterminent simplement ce qui se passe dans une sphère autre que celle où il vit, et où il se meut ; ou bien encore, le droit public constitue comme une enceinte réservée, où le citoyen

romain n'a aucun accès. A l'autre pôle, est le système du droit coutumier d'Angleterre qui était déjà partie de la constitution britannique au moment de la séparation des colonies de l'Amérique du Nord. Le sujet anglais a des droits que le gouvernement ne saurait enfreindre. S'agit-il de lui prendre sa propriété, de l'arrêter, de pénétrer dans son domicile pour y faire des perquisitions et des saisies, s'agit-il en un mot d'un acte quelconque du gouvernement qui le mette face à face avec le sujet ou, si l'on le préfère, avec l'être individuel, alors il s'élève une question de droit, et cette question doit être décidée. Mais par qui le serait-elle ? par l'empereur avait dit la loi romaine; par les tribunaux, a dit le droit coutumier d'Angleterre. Et qu'on le remarque bien, la même réponse a été faite encore avec plus d'énergie aux Etats-Unis.

Maintenant quelle est la nature exacte du droit qui règle les rapports entre l'individu et le gouvernement ? Dans quelle catégorie Ulpien, grand jurisconsulte comme il l'était, l'aurait-il classé, s'il en avait connu l'existence ? ceci est fort difficile à dire. En effet

est-ce du droit public qu'il ressort? Oui sans doute, puisqu'il régit les rapports du citoyen et du gouvernement; mais à d'autres égards, c'est dans le droit privé qu'il doit se classer. L'individu arrêté par un ordre illégal, n'a pas à recourir au droit constitutionnel ou au droit public pour obtenir sa mise en liberté; il a le writ d'*habeas corpus* et d'autres procédures sommaires qui sont à bien des égards, des mesures de droit privé. Et au cas où l'illégalité de l'arrestation est reconnue, cet individu a une action de droit commun bien connue de tous. Donc tout ceci, en un sens, n'est pas du domaine du droit public et rentre dans le droit privé, et cependant, en un autre sens, c'est bien dans le domaine du droit public que nous sommes [1].

Et ceci est si vrai, qu'en lisant les livres de Blackstone ou de Kent ou de tout autre jurisconsulte autorisé d'Angleterre ou des Etats-Unis qui ait traité de l'ensemble du droit, les divisions qu'ils tracent entre le droit public et

1. L'action dont il s'agit est connue sous la désignation technique de « *trespass* »; le mot est intraduisible si on veut lui conserver son sens légal.

le droit privé n'ont qu'une valeur apparente ; les matières les plus importantes, ainsi séparées d'une manière tout artificielle et pour la clarté du sujet, rentrent tellement et à tout instant les unes dans les autres, qu'elles sont entrelacées ; et c'est précisément parce qu'elles sont ainsi confondues, embrouillées, si l'on veut d'une manière inextricable, que la liberté politique a pris racine.

C'est précisément aussi par suite de cet entrelacement du droit public et du droit privé qui est tout le contraire des divisions créées par le logique esprit des Romains, que l'égalité proclamée en 1776 n'a pu pendant de longues années pénétrer que bien imparfaitement dans les institutions.

Et ici j'ose maintenir qu'aux Etats-Unis, la doctrine de l'égalité des hommes a bien pu marquer son empreinte sur l'organisation politique, amener un système électoral très étendu sinon universel, pénétrer assez dans le droit public pour y opposer une forte barrière à toute législation qui favoriserait une classe de citoyens au détriment des autres ; mais qu'au moins jusqu'ici, elle n'est pas parvenue à trans-

former les institutions civiles, et que probablement elle est fort loin d'y réussir. Et pourquoi ? C'est que pour ce faire, il ne s'agit pas seulement d'abolir le droit de primogéniture, d'y substituer le partage égal, et de limiter à deux ou trois vies le pouvoir de substitution. Il faut aller bien plus avant, pénétrer plus loin, couper jusqu'aux racines profondes. Il faut, en un mot, supprimer d'un coup tout ce qui dans le droit coutumier ou dans la jurisprudence d'équité règle depuis des siècles les dispositions fiduciaires ; il faut qu'on abolisse aussi le droit du testateur, qu'on rende en fait sinon en droit les descendants copropriétaires avec leurs ascendants ; alors l'égalité sociale sera entrée dans le droit et elle y produira toutes ses conséquences.

Et ceux qui voudraient bien comprendre la force de ces observations n'ont qu'à se reporter au code civil voté par la convention française en 1794, et à le rapprocher du droit commun des Etats-Unis. Toutefois si ce travail effraie, qu'on examine seulement le code civil de Napoléon, celui-là même qui régit encore aujour d'hui la France ; là l'égalité civile a trouvé son

point fixe; et ceux qui préfèrent l'égalité à la liberté peuvent contempler à l'aise cette œuvre, qui bien qu'inférieure à beaucoup d'égards au code civil de la convention, en en adoucissant la logique trop extrême, a rendu plus facile l'application de ses principes essentiels.

En un mot le droit coutumier qui a gardé toute l'essence de son origine aristocratique, alors même qu'il a revêtu des habits beaucoup plus modernes, peut bien être modifié suffisamment pour assurer le maintien de cette sorte d'égalité qui, aux Etats-Unis, garantit le citoyen contre toute création de classes privilégiées et contre toute distinction sociale apparente, mais il ne saurait se transformer suffisamment, pour jamais produire lui-même l'égalité telle qu'elle est entendue ailleurs. Ceci est si vrai que pas un seul commentateur autorisé ne s'est avisé de parler de la doctrine de l'égalité en parlant du droit coutumier; vainement j'ai cherché avec une scrupuleuse attention; je n'ai rien trouvé sur ce sujet. Mais dès qu'il s'agit des droits du sujet anglais ou de ceux du citoyen américain, les commentateurs s'expriment à peu près tous comme le fait celui au-

quel je vais emprunter quelques lignes : « les maximes du droit coutumier (anglais) étaient celles d'une race énergique et indépendante, accoutumée à un degré peu commun de liberté de pensée et d'action, et à participer à l'administration des affaires publiques. Le pouvoir arbitraire, l'autorité sans contrôle n'étaient pas reconnus parmi les principes (de ce droit) ; le système était le contraire de la servilité, et le code criminel échappait au moins à ces méthodes inquisitoriales qui s'étaient imposées à la procédure criminelle d'autres pays civilisés »[1].

Mais sortons des généralités, venons-en à l'examen de quelques faits ; il est bien connu que les institutions aristocratiques laissent une empreinte infiniment plus marquée sur le droit qui régit la propriété foncière que sur celui qui régit la propriété mobilière ; eh bien ! qu'on veuille examiner pièces en main le régime qui la gouverne encore de nos jours aux Etats-Unis[2].

1. (Coole ou constitutional limitations section 21.

2. Ceux qui seraient curieux d'étudier ce sujet, ne sauraient mieux faire que de lire la décision de la cour des appels de New-York, rendue en 1859 dans l'affaire de Van Rensslaer contre Hayes ; il s'agissait, de savoir si le statut

En premier lieu le droit de primogéniture a été aboli ; les substitutions par voie de fidéicommis ont été limitées, en général, à deux personnes qui doivent toutes deux être nées au moment du décès du testateur. Enfin, dans la plupart des cas, une succession ne saurait être tenue « en suspens » pendant un laps de temps qui dépasserait[1] celui de ces deux vies, — c'est tout ; d'ailleurs les principes du droit coutumier sont maintenus dans leur ensemble.

Au surplus, voici une espèce particulière qui fera mieux comprendre la question : vers 1827, une femme mariée, agissant en vertu d'une procuration que lui a confiée son mari, vend à

d'Edouard Ier qui, dès 1290, interdisait la subinféodation (c'est le statut connu sous le nom de *quia emptores*), avait été mis en vigueur dans la colonie ; et la cour conclut qu'en général « l'interdiction du statut d'Edouard Ier s'est toujours appliquée à la colonie de New-York et qu'il a fait loi dans l'état, *avant comme après la suppression des tenures féodales en* 1787. Et sur ce point, la cour conclut en ces mots : la loi de New-York « est, et a toujours été depuis qu'il s'y est organisé une société politique, la même que la loi d'Angleterre. » (Voir Van Renssläer vs Hayes, 19 New-York, pp. 68 et suiv. opinion du juge Denio.)

1. Il y a cependant certaines exceptions; les plus notables sont celles qui ont trait aux fondations pieuses et à certaines autres fondations.

une de ses parentes, pour des sommes fictives, presque toutes les propriétés de son mari; au même instant, cette parente transfère ces mêmes propriétés à un propriétaire fiduciaire, à condition que celui-ci en payera les revenus à la femme mariée qui les a transférées une première fois. Il est en outre convenu entre le vendeur et l'acheteur fiduciaire, que ladite femme mariée aura droit de disposer des propriétés ainsi fidéicommises, soit par acte entre vifs imposant au propriétaire fiduciaire la disposition qu'il devra en faire, soit par testament.

Tout ceci avait été dicté par le chancelier Kent lui-même, c'est-à-dire par le plus grand jurisconsulte dont New-York puisse se réclamer, et la disposition de cette propriété a été déclarée valide par la cour suprême des Etats-Unis[1]. Rien ne montre mieux peut-être que cet exemple, ce qu'est le régime de la propriété foncière à New-York ; et, qu'on le remarque bien,

1. Ce procès célèbre supposait la ratification subséquente par le mari, je n'ai rien dit non plus des actes ultérieurs dont certains ont été annulés. (Voyez Bowen v. Chase. 94 u. s. 812 et 98 u. s. 254.)

c'est sur des autorités anglaises, sur le livre de Sugden « ou powers » entre autres, que s'est particulièrement appuyée la cour suprême des Etats-Unis pour valider certaines des transactions auxquelles je viens de faire allusion. Cent autres exemples pourraient être cités à l'appui de la même proposition; mais passons.

J'ai cité New-York ; je ne dirai qu'un mot d'un autre Etat : je choisis le Maryland ; ici le propriétaire peut disposer de sa propriété par voie de trois substitutions, à la simple condition que les trois personnes soient nées avant son décès ; en outre, avant que la succession soit distribuée entre les héritiers naturels, il peut, si le testateur ou celui qui a constitué un propriétaire fiduciaire, l'a voulu, ordonner qu'une dernière période de vingt un ans s'écoule depuis le décès du dernier substitué, jusqu'à la distribution finale.

Or je crois que quand une société civile est ainsi constituée, que la propriété y est tellement adhérente au propriétaire, que sa simple volonté, son orgueil de race, son désir de fonder une famille, d'établir son influence en concentrant sa fortune entière sur un ou deux de

ses membres, suffisent pour que d'un trait de plume, il puisse suspendre la division de son héritage pendant environ un demi-siècle au moins, et plus longtemps encore dans le Maryland, la loi acceptée, aimée, populaire dans l'Etat, y tient presque entièrement en échec le principe de l'égalité entre les hommes.

Et au fond quel est ce droit, sinon celui que les transformations successives de l'Etat social d'Angleterre y ont fait prévaloir? Ici je voudrais, en aussi peu de mots que possible, indiquer la question d'histoire qui me paraît la plus importante à examiner pour quiconque se propose de bien entendre les institutions anglo-américaines. Qu'en est-il advenu en Angleterre de la féodalité? assurément elle y a existé pendant une assez longue période; à l'origine elle y a maintenu son système avec une impitoyable rigueur. Qu'on lise attentivement Lyttleton et même les commentaires de Lord Coke sur Lyttleton, on y trouve les six divisions des personnes, depuis la classe des grands barons jusqu'à celle des vilains attachés à la glèbe. Lord Coke écrivait au commencement du XVIIe siècle, et il est clair que ses commen-

taires sur Lyttleton ne sont pas seulement l'œuvre d'un érudit ; c'est un jurisconsulte et un grand jurisconsulte qui parle ; il s'adresse évidemment à des réalités encore vivantes. Je passe maintenant au commentateur autorisé qui écrit sur le droit anglais vers le milieu du XVIIIe siècle, je parle de Blackstone ; eh bien ! qu'on le compare à Lord Coke ; dans les cent cinquante années environ qui les séparent l'un de l'autre, l'aspect de la société est changé ; la machine féodale s'est non seulement détraquée, mais les pièces en sont tombées en ruine et beaucoup d'entre elles ont été mises à l'écart. Comment, par quels procédés cette transformation s'est-elle opérée ? J'ai cherché vainement à m'en rendre bien compte ; je n'ai rien trouvé sur le sujet qui satisfît complètement mon esprit.

Mais il suffit que le fait ne soit pas douteux ; c'est donc entre ces dates extrêmes, c'est-à-dire depuis le XVIe siècle jusque vers le milieu du XVIIIe, que le régime féodal s'est en grande partie effacé en Angleterre, et que le droit coutumier a pris sa forme à peu près définitive. C'est dans cette forme qu'il a passé en Amérique ; et, sous la réserve des modifica-

tions que nous venons de marquer, c'est lui qui régit la société américaine [1].

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, de ces importantes questions d'histoire, il est constant que le droit coutumier anglais a absorbé en lui une partie des institutions féodales et rejeté toutes les autres pièces du système; il s'est donc passé en Angleterre juste le contraire de ce qui est arrivé en France; au fond il n'y avait plus, à vrai dire, d'institutions féodales en Angleterre, au moment même où Pothier écrivait son com-

1. S'il est difficile de dire quand et comment le régime féodal s'est transformé en Angleterre, il n'est guère plus aisé de préciser à quel moment le servage y a été aboli; mais ce n'est même pas seulement sur des faits de cette importance que le doute existe. S'agit-il, par exemple, de la torture appliquée aux procédures criminelles, il est bien certain qu'on en a parfois fait usage en Angleterre, quoique, sans aucun doute, cette abominable pratique y ait soulevé, de tout temps, de très vives protestations; mais quand a-t-elle complètement disparu? c'est fort difficile à dire d'une manière précise. On sait bien que Lord Bacon a déclaré que la torture était contraire à la constitution d'Angleterre, et que depuis lui, il n'a jamais été parlé de l'appliquer qu'à Felton, l'assassin du duc de Buckingham, sans qu'il ait cependant été donné suite à cette idée inconstitutionnelle; mais ce qu'on ne sait pas, ou du moins ce que je n'ai vu expliqué clairement dans aucun auteur, c'est quand la torture cessa en fait d'être appliquée.

mentaire sur la coutume d'Orléans et son traité des fiefs, et surtout à la date du 4 août 1789, s'il s'y maintenait une puissante aristocratie et un droit coutumier très aristocratique, il n'y avait plus guère debout que des formes de nature à rappeler ces mêmes institutions qui tombèrent d'un seul coup en France. Et ici, qu'il soit permis de le dire en passant, on a écrit d'admirables analyses pour montrer comment ces institutions féodales françaises, qui semblaient fortes encore, étaient en réalité sans vie ; mais ne pourrait-on pas, avec plus de vérité, renverser les termes mêmes de la question telle que M. de Tocqueville l'a posée, et se demander comment des droits qui n'avaient plus aucune raison d'être depuis si longtemps, avaient pu se faire tolérer ou se maintenir jusque vers la fin du siècle dernier ? En d'autres mots, comment une forme de société qui constituait seulement un privilège pour quelques familles, et qui pesait presque aussi lourdement sur le corps des nobles que sur la bourgeoisie et le peuple, avait-elle pu subsister intacte jusqu'à la nuit du 4 août 1789 [1].

1. Ce sujet est tellement lié à celui que je traite dans ce

Voici donc la société américaine gouvernée par un droit commun, au fond très peu différent de celui d'Angleterre, — nous avons marqué ces différences; comment ne pas tenir compte de l'importance que cette institution exercera naturellement sur l'esprit, sur les mœurs, sur toutes les habitudes du pays? Comment ne pas voir du premier coup d'œil, que la seule présence d'un droit de construction aristocratique aura sur la société une influence de chaque instant?

livre, que je hasarderai une dernière observation : les historiens français se sont presque tous plu à découvrir dans la couronne de France, de Richelieu à Louis XIV, une politique opposée à la noblesse et à ses privilèges; je ne suis pas certain que ceci soit tout à fait exact; ces rois sans doute, ont entendu que les nobles ne formassent pas une classe de gouvernement, mais je ne connais pas un seul grand acte de législation depuis Richelieu jusqu'à la fin du règne de Louis XV, qui soit dirigé contre les privilèges féodaux, et il y en a beaucoup, au contraire, qui sont en faveur de la classe féodale, notamment sous Louis XV. Qu'on examine au contraire, les statuts du règne de Charles II d'Angleterre; je nomme ce règne à dessein puisqu'il a représenté ce qu'on a appelé la réaction ; combien de mesures y trouvera-t-on en faveur des privilèges féodaux? pas une, autant que je sache: mais en revanche il y en a de fort importantes qui sont dirigées contre eux; citons seulement le statut qui abolit les tenures militaires féodales.

Sans doute on peut se tromper d'abord aux apparences, se laisser attirer par les déclarations qu'on lit dans les actes les plus solennels sur le suffrage égal, sur la souveraineté du peuple ; mais qu'on ne s'arrête pas trop longtemps à ces premières impressions, qu'on parcoure les longs recueils de la jurisprudence des Etats, on y verra partout les principes mêmes du droit commun d'Angleterre, étendus, commentés, altérés parfois par mesure législative ; mais debout, mais vivants.

Ainsi ce droit commun, imprégné sans aucun doute de principes aristocratiques, mais beaucoup plus simple, infiniment plus flexible qu'on ne le croit ailleurs, merveilleusement fait pour s'adapter aux changements incessants que subit une société qui se meut et se renouvelle sans cesse, s'est maintenu tout naturellement dans l'esprit, dans les habitudes d'une autre société d'origine et d'esprit à peu près anglais. Aux Etats-Unis il a pris corps aussi bien qu'il l'avait fait en Angleterre ; à la façon de ces lianes sauvages qui enveloppent presque tous les arbres d'une forêt, il s'est étendu partout et a trouvé, sans peine, moyen de se lier à tout.

Eh bien ! il est nécessairement advenu que ce droit qui repose sur les principes les plus sains de la liberté anglo-saxonne, s'est trouvé fait pour des hommes libres bien plus que pour des hommes égaux ; et comme il est partout dans les institutions, dans l'esprit des hommes, dans leurs souvenirs, dans leur vie quotidienne, il a, pour ainsi dire, modelé l'esprit du peuple tout entier.

Ainsi aux tendances égalitaires, le corps des lois en vigueur vient opposer un obstacle presque infranchissable ; c'est ce corps de lois qui les contient dans des limites, sans doute assez malaisées à définir, mais qui n'en existent pas moins. Elles maintiennent la liberté d'acquérir et de disposer comme chacun l'entend ; elles permettent, elles favorisent même l'accumulation croissante des richesses.

En un mot elles respirent l'air anglais et produisent l'effet contraire à celui que Napoléon Ier avait justement attendu des principales dispositions du code civil [1].

1. M. Taine a fort habilement réuni dans ses travaux publiés par la *Revue des deux mondes* sur la reconstruction de la France, les preuves de la politique de Na-

Mais ce qui vient d'être dit ne s'applique qu'à une partie du sujet ; il en est une autre, qui mérite tout autant l'attention ; voici les principaux droits de l'homme, tels que nous les avons vus énoncés dans l'ordonnance qui a organisé les territoires du nord-ouest ; ajoutons-y les droits de réunion, de pétition, le droit de se servir librement de la presse, celui d'exprimer librement sa pensée ; il ne se trouve pas dans cette énumération un seul droit qui, en un sens, n'appartienne à tous les hommes, et à ce point de vue ne semble s'associer à l'idée d'égalité entre eux ; et cependant il ne saurait être douteux que quand ces droits viennent à être mis en action, ils ne s'appliquent que d'une manière très inégale, suivant la condition de la personne qui les invoque. Voici, par exemple, le droit garanti à tout accusé d'être remis en liberté sous caution ; il s'étend en principe

poléon en cette matière; la plus curieuse des pièces à l'appui fournies par lui est cette lettre au roi Jérôme, où l'empereur lui impose de faire promulguer le code civil en Westphalie; — il lui prédit que ces dispositions suffiront pour débarrasser ce royaume de son aristocratie. M. Taine a si complètement épuisé le sujet que je me contente de le mentionner.

à presque tous les cas où il y a eu arrestation préventive; en outre toutes les déclarations des droits prescrivent que le montant de la caution déterminé par le juge ne doit avoir rien d'excessif; et il faut rendre justice à la magistrature, dans presque tous les cas, elle se montre fort indulgente. Mais supposons qu'elle fixe dans une espèce le montant de la caution à cinq cents dollars (en général toute caution doit être fournie par deux ou au moins par un propriétaire foncier), l'accusé est-il riche, dans quelques heures il aura exécuté les conditions; il sera donc libre jusqu'au moment du procès. S'agit-il, au contraire, d'un homme qui vit de son travail, le juge abaisserait-il même le chiffre de la caution, à cause de la condition de l'accusé, la réduirait-il à deux cents dollars, n'est-il pas souvent impossible à ce malheureux de satisfaire aux conditions imposées? et alors, quel est le résultat forcé ? Il subira la prison préventive. On s'est demandé bien souvent s'il y avait un remède à ce mal ; on en a cherché partout ; je ne connais personne qui en ait encore trouvé un.

Autre exemple : toute arrestation arbitraire

peut être suivie de la remise en liberté au moyen de la procédure dont nous avons déjà parlé, et qui est si connue sous le nom de writ d'*habeas corpus*. Mais encore faut-il présenter une pétition à un des juges qui a pouvoir d'émettre le writ, c'est-à-dire d'ordonner au geôlier que le « corps » du prévenu lui soit représenté tel jour et à telle heure, pour qu'il entende le pétitionnaire et le geôlier, si c'est ce dernier qui doit s'opposer à la remise en liberté ; ceci nécessite un exposé des faits, des dépositions volontaires sous serment, enfin une procédure préliminaire ; quand cette procédure deviendra à son tour contradictoire, il faudra d'autres preuves, d'autres pièces. Le détenu lui-même a donc besoin du ministère d'un homme de loi pour faire reconnaître son droit ; or toutes ces choses qui sont aisées pour l'homme riche, pour l'homme influent ou intelligent, deviennent infiniment difficiles pour le pauvre et pour l'ignorant. Je sais bien tous les efforts qui sont faits pour remédier à cette inégalité dans l'exercice du droit ; j'ai été témoin bien souvent, d'actes de générosité et de zèle désintéressés de la part de sociétés philanthropiques, ou de membres émi-

nents du barreau ; mais ces sociétés ne peuvent être partout, pourvoir à tout ; et à moins de circonstances presque toujours fortuites, comment supposer que des rapports puissent s'établir entre un détenu ignorant et pauvre et un homme accablé de préoccupations et d'affaires? Du reste, même ces cas exceptionnels, démontrent encore ma proposition et prouvent que l'égalité absolue du droit aboutit en fait, à l'inégalité dans l'application.

Et voyez le procès criminel fait à l'homme riche et celui qui est fait à l'homme pauvre. Au premier les hommes les plus éminents du barreau sont acquis, même si la règle anglaise qu'une provision offerte à tout avocat qui n'en a pas reçu une de la partie adverse doit être acceptée, ne s'applique pas. Toutes les preuves qu'il peut coûter si cher de réunir pour le procès, tous les témoins sont dans la salle d'audience au moment voulu. En est-il de même pour l'accusé pauvre? Encore une fois il ne faut pas oublier ce que peut faire de miracles pour ce dernier, l'esprit de charité et aussi l'impartialité générale du juge, à laquelle on ne saurait trop rendre justice ; mais si l'on veut

parler d'égalité dans un procès criminel, je ne ferai pas difficulté d'admettre qu'on la trouve surtout là où toute l'instruction est remise au magistrat. Le code d'instruction criminelle français, qui est à peu près l'institution la plus antilibérale, la plus hostile à l'esprit républicain que le despotisme de Napoléon ait empruntée au despotisme de l'ancien régime français, est autrement égalitaire que ne l'est la procédure criminelle anglo-américaine.

Et ainsi de suite pour l'exercice de tous les droits. Voici la presse, par exemple : chacun a le droit d'exprimer librement sa pensée; mais combien de personnes peuvent le faire? Il faut pour cela, et un haut degré d'instruction, et souvent aussi, des relations bien établies ; les grands journaux accueillent volontiers toutes réclamations ; leur esprit et leur conduite de chaque jour sont marqués en général au coin de la plus libérale interprétation ; mais encore faut-il de la part de celui qui a une réclamation à présenter au public, une certaine habileté, une certaine connaissance de l'art de s'exprimer et de faire comprendre rapidement sa pensée. Et qu'on le remarque, nous ne sommes

plus en fait, en présence d'un droit qui est celui de se servir de la presse; nous sommes en présence d'un des représentants de ce grand journalisme américain qui écoute, recueille les faits et, bien souvent, de la manière la plus désintéressée, je le sais, s'efforce de rendre service.

Et enfin voici l'église libre ou plutôt les églises libres, garanties par les bills des droits, avec leur empire sur des millions d'âmes, avec leur régime de discipline, d'autant plus forte qu'elle est volontairement acceptée, avec leurs immenses propriétés mobilières et immobilières reçues à titre perpétuel, pour des objets de dévotion, d'éducation ou de bienfaisance. Ici nous pouvons encore marquer, en quelques mots, jusqu'à quel point ces vigoureuses institutions de la manière qu'elles sont entendues, maintenues et développées, affectent les instincts égalitaires.

En premier lieu la création même de ces corps autonomes, dont la plupart sont fortement reliés entre eux, forme de puissants éléments de résistance et d'indépendance intellectuelle, religieuse et matérielle. Mais ce n'est pas le seul côté par lequel l'église libre va choquer

l'esprit égalitaire : une association religieuse s'établit au milieu de la partie la plus riche de la société; ce sont les heureux de ce monde qui constitueront à leurs dépens la richesse de l'institution; ce sera leur chose; ils y fréquenteront; ils y prieront ensemble, et peut-être aussi, ils seront aises de s'y rencontrer, continuant ou établissant ainsi leurs rapports mondains; mais où seront les pauvres? On pourra, leur accorder, et généralement, on leur accordera une place; mais ils ne seront jamais là dans une attitude d'égalité avec ceux qui les ont admis à venir se joindre à eux. Et voici maintenant une église fondée par de pauvres ouvriers; ce sera aussi leur maison spirituelle, le lieu où ils se rencontreront, où ils prieront ensemble; mais qu'y a-t-il de commun entre cette association et celle dont il vient d'être parlé? Sans doute Dieu seul, qui voit les cœurs et qui sonde les esprits, rétablira l'égalité devant lui entre des éléments si différents; mais lui seul peut le faire.

Et pour nous, il nous est impossible de ne pas penser ici à l'œuvre du premier consul Bonaparte, et de ne pas admettre franchement qu'au

point de vue de l'égalité dans le culte, c'est lui, et lui seul qui a vraiment pu et su la faire prévaloir. La nef de Notre-Dame de Paris s'ouvrira indistinctement à tous; le riche et le pauvre entreront et se tiendront côte à côte, le prêtre sera entendu de tous; s'il est un homme de génie, sa parole descendra également sur cette réunion d'égaux. L'Etat salarie le culte, l'Etat entretient en partie l'église, et, en tous cas, il l'ouvre à tous. Sans doute on peut se demander à bon droit,à quel prix l'église achète-t-elle ces privilèges? Seul il savait bien ce qu'il exigeait en échange ce maître qui a imprimé partout sur les institutions de la France le sceau de l'égalité poussée jusqu'à ce point extrême où son génie lui a permis d'aller. Aux Etats-Unis on a continué la tradition anglaise; on a entendu y fonder la liberté et on entend l'y maintenir; à cette idée première, à cette idée innée, si l'on veut, il a fallu certaines conditions pour se produire ; la société les a voulues, elle les a fait respecter coûte que coûte. Exemple : les droits de la liberté individuelle exigeaient que le juge instructeur romain, retrouvé par l'inquisition au moyen-âge,

ne pût se montrer sur la terre anglaise; il en a été exclu et à bon droit. Sur ce sol s'est développé, au contraire, la seule procédure criminelle qui puisse s'accommoder avec les institutions libres ; or il se fait que parfois cette procédure est peu favorable aux idées égalitaires. L'Américain en prend son parti ; entre le maintien du premier de ses droits et l'application extrême du principe d'égalité, il n'hésitera pas un instant ; et qui le blâmera de préférer la liberté dans la République à l'égalité dans la servitude?

CHAPITRE III

SUITE DU PRÉCÉDENT. — LE DROIT CONSTITUTIONNEL ET LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ.

Ce serait une erreur de penser qu'aux Etats-Unis l'idée d'égalité ait été clairement conçue ou que les pouvoirs constituants aient jamais pu arriver, même de notre temps, à en donner une définition bien nette.

Rien n'est plus digne d'être noté que ces incertitudes mêmes ; et elles frappent d'autant plus que, dès qu'il s'agit des droits individuels, ou des libertés publiques, d'un bout à l'autre du territoire, et depuis le temps de la Révolution jusqu'à nos jours, tous les hommes ont parlé exactement ou à peu près le même langage.

Nous sommes en 1776 ; à la veille même de

la déclaration d'indépendance, la Virginie, l'état de Thomas Jefferson, établit sa première contitution ; celle-ci est précédée d'une déclaration des droits qu'on peut encore regarder comme un modèle.

La section première déclare que la nature a fait « tous les hommes également libres et indépendants, et qu'ils ont certains droits inhérents et inaliénables » ; — ce sont à peu près les termes de la déclaration d'indépendance. — les deux rédactions pourraient être de Thomas Jefferson. La section IV[ème] dit que « ni une personne ni une classe de personnes n'a droit à des avantages ou privilèges particuliers dans la communauté, si ce n'est en considération de services publics. » Ces avantages ou privilèges ne sont pas transmissibles par héritage, « en outre les fonctions de législateur ou de magistrat ne sauraient être héréditaires. »

Je cherche les autres expressions contemporaines, et de la Virginie je passe dans la Pensylvanie, dans la patrie de Benjamin Franklin.

En septembre 1776, une constitution y est adoptée ; sur la question d'égalité la déclaration

des droits se borne à dire que « tous les hommes sont nés libres et indépendants, et qu'ils ont certains droits inhérents et inaliénables » (section I), et c'est tout.

Voici maintenant la Caroline du nord (novembre 1776) : « nul, dit la déclaration des droits, n'a droit à des avantages exclusifs ; « aucun privilège ou aucun avantage ne doit être accordé qu'en récompense de services publics » (section I)et la section XXIIème revenant sur cette même idée, déclare qu'aucun privilège héréditaire ne saurait être conféré.

Le Maryland se borne à interdire l'établissement de distinctions héréditaires (section XI).

La Caroline du sud, la Géorgie, l'Etat de New-York, le New Jersey, n'insèrent pas de déclarations des droits dans leurs constitutions ; par conséquent il n'y est pas question de l'égalité. Le Connecticut n'en parle pas non plus ; il en est de même pour le Rhode Island ; celui-ci maintient simplement la charte de 1669.

Le Vermont se borne à dire que « tous les hommes sont nés également libres et indépendants (Vermont, 1777, déclaration des droits, section I) et à en tirer la conséquence qu'il ne

saurait exister de travail forcé, c'est-à-dire d'esclavage[1].

Le New Hampshire déclare en 1784 que tous les hommes sont nés libres et indépendants ; d'où il conclut que, de toute nécessité, le gouvernement émane du peuple, est fondé sur son consentement et est institué en vue du bien public. Le Massachussetts dit à son tour que « tous les hommes sont nés libres et égaux, et qu'ils ont certains droits naturels, essentiels et inaliénables. » (Section I).

Ceci épuise la liste des premières constitutions d'Etat.

Enfin qu'on ouvre les onze premiers amendements à la constitution fédérale qui contiennent le bill des droits des Etats-Unis, il n'y est pas fait allusion au principe de l'égalité.

Franchissons maintenant toute la période marquée par l'ascendant du parti fédéraliste, et venons-en à celle où le parti républicain entre au pouvoir avec Thomas Jefferson. Ce parti est pour longtemps en possession incontestée de la plupart des Etats; va-t-il changer toutes ces

1. Le Vermont ne fut admis dans l'union en qualité d'état qu'en 1788.

phrases tellement vagues qu'elles n'ont guère d'application possible ?

Que ceux qui cherchent à tout prix aux Etats-Unis une sorte de démocratie égalitaire, examinent bien les textes constitutionnels ; ils seront quelque peu étonnés de trouver que pendant longtemps, au moins, les définitions relatives à l'égalité restent à peu près les mêmes.

Et cependant depuis la Révolution jusqu'aux temps auxquels nous allons arriver, il avait été bien compris que la même loi devait s'appliquer à tous les citoyens. Ce principe général avait toujours fait partie, en ce qui regarde, bien entendu, la race blanche du droit constitutionnel non écrit ; on peut donc retrouver presque partout l'application du principe qu'il ne saurait y avoir de droits différents pour différentes classes de citoyens ; cependant ce n'est qu'à une époque relativement récente que la conception de l'égalité devant la loi trouve son expression dans certaines constitutions. Celle de l'Etat de New-York dit en 1846 : « aucun citoyen ne perdra, par acte de la législature ou autrement, aucun des droits et privilèges accordés aux citoyens de l'Etat, à moins qu'il n'en

soit privé par le droit du pays ou par le jugement de ses pairs. » (Article I, sect. I de la constitution.) Poursuivons sur ce même point, l'examen des constitutions ou contemporaines de celles-ci ou d'une époque postérieure ; nous verrons ensuite quel sens exact il conviendra de donner à ces dispositions. La constitution d'Ohio dit : « Le gouvernement est institué pour la protection égale (du peuple) et pour son bien. » (Art. I. sect. II, constitution de 1852.)

L'Iowa est peut-être de tous les Etats celui qui a le mieux défini le principe de l'égalité devant la loi. « L'assemblée générale (la législature est ainsi désignée) n'accordera à aucun citoyen ou à aucune classe de citoyens des privilèges ou immunités qui n'appartiendraient pas de même à tous les citoyens. » (Article Ier, sect. VI, constitution de 1857.)

En 1876, le Colorado exprime une idée analogue, mais il le fait d'une manière encore différente : « toute personne a certains droits naturels, essentiels et inaliénables, parmi lesquels doivent être marqués ceux de jouir de la vie, de la liberté et du droit de les défendre ; ceux d'acquérir, de posséder, de protéger sa

propriété, de rechercher et d'assurer sa sûreté ainsi que son bonheur. » (Art. II, section III, constitution de 1876 [1].)

Le Missouri énonce cette même idée, et le fait dans des termes identiques (art. II, section IV de la constitution de 1875) et le Nebraska reproduit ce texte la même année, (art. I, sect. I.)

Et ainsi des autres Etats.

Pour trouver un progrès dans l'idée d'égalité, il faut le chercher dans les constitutions adoptées par les Etats du Sud, pendant la période dite « de reconstruction » (de 1866 à 1868), c'est dans cette époque seulement qu'on fait un effort pour donner une forme précise au principe d'égalité. Voici la constitution de la Géorgie adoptée en 1868 : « Toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis et résidant dans cet Etat, y est-il dit, est ici déclarée citoyen de l'Etat, et aucune loi ne sera faite ou mise en vigueur qui affecterait les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis ou de l'Etat, ou qui refuserait à toute personne dans l'Etat l'égale protection des lois. » L'assemblée

1. Le Minnesota copie le texte ci-dessus de la constitution de New-York.

générale, par le moyen de lois *ad hoc*, devra « protéger toute personne dans la jouissance légitime des droits, privilèges et immunités garantis par cette section. » (Sect. II.)

Et la section XI[e] dit que « la condition sociale du citoyen ne sera jamais l'objet de mesures législatives. »

De même dans la constitution de l'Alabama de 1867 ; et ainsi de suite en ce qui regarde presque tous les Etats qui furent soumis vers cette même époque à l'épreuve de ce que l'on a nommé « la reconstruction ».

Mais les principes nettement énoncés dans ces constitutions ont peu à faire avec le sujet que nous examinons ; ils ont bien plus pour objet d'assurer l'égalité entre deux races d'origine et de couleur différentes, que de maintenir l'égalité entre les hommes de la race dominante. Or, dans cette étude nous avons entendu considérer cette dernière comme un tout homogène, et nous avons laissé de côté toute question relative aux rapports des deux races.

Ce qui précède suffit en ce qui regarde les constitutions des Etats[1]. Qu'on ouvre mainte-

1. Tous les textes cités ci-dessus sont tirés du recueil

nant la constitution des Etats-Unis. La constitution elle-même ne dit rien sur la question ; mais le XIVe amendement, celui-là même qui a eu pour objet de consacrer les résultats de la guerre de sécession, contient une section dont voici les derniers mots : aucun Etat « ne refusera à n'importe quelle personne qui se trouve dans sa juridiction, l'égale protection des lois, » (amendement XIVe, section Ire) ; mais quelle application a été faite de ces paroles si précises, semble-t-il ? La cour suprême des Etats-Unis a établi en ce qui regarde toute la section, une jurisprudence, et, dans la majorité des espèces, elle a interprété cet amendement dans le sens le plus restrictif des droits du gouvernement fédéral et le plus favorable aux droits des Etats [1]. Il semble qu'aux termes de cette jurisprudence, toutes mesures d'ordre intérieur doivent être prises par l'Etat dans l'exercice de ses droits souverains, et le gouvernement des Etats-Unis ne saurait intervenir.

intitulé « Charters and constitutions », publié par ordre du sénat des Etats-Unis en 1877.

1. Ceci ne saurait être expliqué en détail que dans une autre partie de cet ouvrage.

Ceci, pour le dire en passant, ne diminue pas à bien des égards l'importance de cet amendement qui assure le maintien et l'unité de la république; mais si nous rentrons dans la question qui nous occupe en ce moment, il faut renoncer à trouver dans le dernier paragraphe de la Ire section autre chose qu'une déclaration générale. Voilà donc tout ce que le droit constitutionnel des Etats-Unis a pu dire sur la question de l'égalité.

Et maintenant quel sens faut-il donner à ces dispositions diverses ? évidemment on ne saurait les rapprocher les unes des autres sans faire d'abord des distinctions. Le modèle fourni par l'Etat de New-York, reproduit par le Minnesota, et rendu plus net dans les constitutions des Etats « reconstruits » après la guerre civile, exprime l'idée d'une manière plus satisfaisante que ne l'ont fait le Missouri, le Nebraska et le Colorado. Enfin l'Iowa a trouvé une rédaction plus heureuse que n'est celle d'aucun autre Etat.

Mais laissant de côté ces questions de rédaction, si nous voulons aller au fond des choses, que trouvons-nous? c'est que, sous une

forme ou sous l'autre, à part peut-être l'Iowa, c'est une vieille idée anglaise que reproduisent l'Etat de New-York, le Minnesota et les Etats « reconstruits » ; de cette idée peut sortir une formule aussi applicable à la liberté qu'à l'égalité. Et ceci est appuyé par la plus haute autorité judiciaire de l'Etat de New-York qui a annulé une loi comme contraire à la section première de la constitution, parce que cette loi, d'après la cour, avait privé les citoyens du droit de faire certaines ventes au détail[1], en d'autres termes, s'était attaquée à leur propriété. Ce n'est donc pas d'égalité seulement qu'il est ici question ; il s'agit tout autant et bien plus encore de ces droits inaliénables du citoyen qui se retrouvent inscrits à chaque page de l'histoire constitutionnelle du peuple anglais et du peuple américain, et, ce qui vaut peut-être mieux, qui est empreinte dans quelque coin du cerveau de chaque Anglo-Saxon. A ce point de vue, on peut dire que l'idée d'égalité vient se mêler à celle de liberté, de telle façon qu'elles sont l'une et l'autre garanties par

1. The people v[s] Wynehamer 13 New-York, pp. 391 et suiv.

la même déclaration; il semble que l'enchaînement logique de la pensée anglo-américaine sur cette matière aboutisse à ce qu'il ne saurait être porté atteinte au droit d'un citoyen, quelle que soit la nature de ce droit; et, de même que ce citoyen ne saurait être privé de la vie, de la liberté et de la propriété que par une procédure légale[1], de même encore son droit serait lésé par toute mesure législative qui favoriserait d'autres membres de la communauté à son détriment. Ces observations sont encore bien plus fondées en ce qui regarde les déclarations sur l'égalité contenues dans les constitutions du type missourien, si on peut les désigner ainsi pour abréger. Ici ce sont les droits inaliénables du citoyen qui sont affirmés, et le droit à l'égalité n'est qu'une déduction des autres. C'est seulement, en effet, parce que ces droits inaliénables seraient peut-être affectés par les privilèges accordés à d'autres, que la doctrine de l'égalité ressort de ces déclarations.

Marquons une exception au sujet de l'Iowa; ici toute distinction, toute immunité, tout privi-

1. Les expressions « due process of law » et « the law of the land » signifient la même chose.

lège accordés à une classe de citoyens doivent être accordés à tous.

Un auteur qui fait autorité sur ces matières, M. Cooley a essayé de définir d'une manière exacte quelle serait la nature des actes législatifs qui constitueraient un privilège en faveur d'un ou de plusieurs citoyens ou d'une classe de citoyens au détriment des autres; il serait difficile d'analyser ces savantes pages sans être amené à des explications sans fin, car dans combien de circonstances le pouvoir législatif n'est-il pas porté, il faudrait presque dire contraint, par la nature des choses à accorder des privilèges spéciaux à certains citoyens? Toutefois, comme le dit très bien M. Cooley, la maxime constitutionnelle qui doit prévaloir « est que ceux qui font les lois doivent gouverner d'après des principes promulgués, établis et qui ne sauraient varier dans les cas particuliers; ils doivent avoir une même règle « pour le riche et le pauvre, pour le favori de la cour et pour le paysan à sa charrue [1]; » ceci est une maxime de droit constitutionnel; et par elle

1. Ces paroles sont de Locke, civil government.

nous pouvons nous assurer de l'autorité et de la force obligatoire de la loi [1]. »

Et je ne suis pas peu frappé du sens et de la portée de ces paroles de Locke qui viennent d'être citées par M. Cooley; ici encore c'est le principe même des droits inaliénables de l'homme qui mène à la conséquence de l'égalité des droits. En effet, chaque homme ayant des droits parfaits à la vie, à la liberté, à la propriété, a essentiellement les mêmes droits que tout autre membre de la communauté à laquelle il appartient.

D'où cette conséquence qu'ici l'égalité n'a pas été voulue seule, n'a pas été aimée pour elle-même, n'a pas été préférée à tous autres droits. C'est au contraire parce que les droits inaliénables de l'homme ont précédé l'égalité, que celle-ci s'est développée et a enfin prévalu par degrés. La première forme d'égalité existe sous le César romain; la seconde est en germe dans la constitution d'Angleterre dès les temps les plus reculés du moyen âge ; dans un cas l'égalité s'est maintenue longtemps malgré la servitude (à l'exception bien entendu des pri-

1. Cooley, on constitutional limitations, § 391 et suiv.

vilèges des fonctionnaires), dans l'autre, l'égalité n'est venue que par un progrès lent, et en conséquence même des droits inaliénables de l'homme libre.

Comme on peut le concevoir aisément, ces deux sortes d'égalité se ressentiront fort de leur origine ; dans le premier cas, l'égalité n'est pas née de la liberté ; elle se passera fort bien d'elle ; si même elles pouvaient paraître alliées l'une à l'autre, elles ne seraient pas pour cela de la même chair et du même sang ; dans l'autre cas, au contraire, l'union sera, ou du moins, paraîtra plus solide ; mais qu'on n'aille non plus trop loin, et surtout qu'on n'oublie pas que, si sous l'empire du changement continuel qui se fait dans les institutions humaines, les peuples qui sont arrivés à l'égalité par la liberté, étaient forcés de faire un choix entre les deux, ce serait très probablement la liberté qui maintiendrait son ascendant.

Et ici, encore une fois avant de terminer ce sujet, je demande qu'on veuille bien réfléchir qu'à côté et au-dessous de la société politique, se trouve aux Etats-Unis presque dans son entier, toute la législation coutumière d'origine an-

glaise; que les principes de cette législation aussi opposée à l'esprit de caste qu'elle l'est à l'esprit égalitaire, ont été à peine amendés dans leurs parties vitales ; qu'on pense encore à ce fait que cette législation est imbibée de l'idée de liberté, tandis que l'esprit d'égalité n'y est entré que tard et n'y est même jamais entré complètement ; et alors on sera moins frappé des faits de surface observés tant de fois aux Etats-Unis, et on cherchera dans les profondeurs mêmes des institutions sociales ce qu'est vraiment l'égalité américaine.

Avant de rédiger les pages de ce livre, j'ai voulu relire avec toute le soin possible, les commentaires de Pothier sur la coutume d'Orléans, tout ce qu'il a écrit ailleurs au sujet des fiefs et ses travaux sur le droit pénal et sur la procédure criminelle. Jamais la lucidité d'exposition n'a été poussée plus loin que dans ces œuvres admirables; et jamais auteur n'a mieux fait comprendre de quelle façon, même avant la révolution de 1789, la France en était arrivée à bien des égards à l'égalité. On peut concevoir la coutume d'Orléans comme Pothier l'a commentée, en enlevant de son œuvre les quel-

ques chapitres relatifs aux fiefs et aux classes privilégiées. Il n'y a qu'à amputer un membre mort; le malade sentira à peine la douleur; alors que restera-t-il? une société d'égaux. Prenez au contraire Blackstone, qui écrivait à peu près au même moment que Pothier; on comprend fort bien comment on peut déduire des commentaires de Blackstone les institutions des Etats-Unis ; les libertés décrites par l'auteur sont par avance celles-là mêmes qui vont, pour ainsi dire, s'imposer à eux; on conçoit même comment cette égalité que nous venons de trouver dans les constitutions, sortira un jour des principes posés ; mais je défie que par aucun procédé de raisonnement, on puisse faire sortir de Blackstone l'égalité sans les libertés de l'homme.

Jetons ici les yeux sur le terrain parcouru et essayons d'en revoir encore les grandes lignes.

Nous remarquons d'abord deux points saillants; le premier qui attire nos regards, c'est ce droit coutumier d'origine aristocratique et établi sur l'idée même de la liberté du sujet anglais; ce droit a émigré dans les colonies, il

s'y est fermement établi ; et alors même qu'il s'est implanté, comme dans la nouvelle Angleterre, au milieu de populations plus portées vers les idées de démocratie, il s'y est trouvé tout aussi à l'aise que dans la société des riches et aristocratiques planteurs de la Virginie. En réalité, sauf sur la question du partage égal entre héritiers au cas de décès *ab intestat*, il reste le même dans les colonies de la nouvelle Angleterre que dans celles établies au sud du Potomac ; et dans ces conditions diverses, il persiste à maintenir les principes qui ont germé dans la mère patrie; toutes les libertés reconnues ou acceptées par le droit commun sont les mêmes en Angleterre et dans les colonies.

En second lieu, ce qui nous frappe c'est qu'au moment où la souveraineté du peuple se substitue par suite des motifs les plus légitimes qu'un peuple puisse mettre en avant, à la royauté féodale, il ne se produit aucun antagonisme entre le droit commun anglo-américain et le principe de cette souveraineté du peuple; au contraire, ils s'accommodent l'un de l'autre, et, depuis plus de cent ans, ils ont vécu sans conflits graves ou durables.

Or je crois hors de doute que si les institutions civiles d'un pays sont l'émanation de sa propre histoire, — et certes rien ne tient plus aux fibres profondes du corps anglo-américain que son droit coutumier —, s'il y avait sur certains points opposition entre ce droit et certaines institutions politiques, ce seraient les principes essentiels du droit qui finiraient par prendre le dessus. En d'autres termes, ce n'est ni sa constitution politique, ni ses lois administratives qui tiennent le plus au cœur du peuple ; ce qui adhère à son existence même, c'est l'ensemble du droit « commun » qui a régi les générations passées et qui le régit lui-même. Il en résulte qu'aux Etats-Unis, si le droit même qui est d'origine aristocratique, qui est imbu de cet esprit, existe et se maintient, c'est que la doctrine de l'égalité des hommes y est tenue incessamment en échec par les forces latentes de la société.

Je n'ai pas à marquer ici quels sont les côtés faibles des principes qui s'opposent à ce qu'un privilège quelconque soit conféré à une classe de citoyens ; comment ces principes pourraient être violés ou mis à l'écart ; je recherche la

cause même qui pourrait mettre tôt ou tard en danger, dans certaines de ses applications essentielles, la doctrine de l'égalité, et je n'ai aucune peine à la découvrir : elle est dans l'essence même du droit coutumier. Ce droit coutumier s'est aisément accommodé des institutions démocratiques, mais il est d'origine libre et aristocratique, et son contact quotidien avec les principes égalitaires n'a affecté profondément ni ses principes ni ses tendances.

Toutefois voici la raison de se rassurer sur l'avenir de l'égalité aux Etats-Unis ; depuis l'origine de l'établissement américain, l'idée même qu'il ne saurait y avoir de lois qui favoriseraient une classe de citoyens au détriment des autres, a passé de plus en plus et graduellement dans le droit général ; elle y est entrée, ou du moins y entre en conséquence même d'un principe de ce droit général qui protège et garantit à chaque citoyen les droits qui appartiennent à tous les autres ; or ce principe est sanctionné par les mœurs politiques, et, ce qui est plus rassurant, par la jurisprudence. En outre, bien que le droit constitutionnel, ainsi qu'il vient d'être dit, n'ait pas en général

défini et garanti l'égalité comme nous verrons bientôt qu'il a défini et garanti les droits individuels, et bien qu'à l'égard de l'égalité il se soit contenté presque toujours de vagues déclarations qui forment un singulier contraste avec l'énergie du langage que nous trouverons partout quand il va s'agir des questions relatives aux droits et aux libertés de l'individu, il n'en reste pas moins que, surtout depuis l'adoption du XIVe amendement à la constitution nationale, un progrès manifeste a été fait.

Et, bien que cet amendement ne semble pas s'imposer aux Etats, et que ceux-ci paraissent rester libres de disposer d'eux-mêmes, il n'en est pas moins évident que la section première du XIVe amendement donne tout au moins un grand exemple à tous.

Et ici j'en reviens brusquement à ce même John Fortescue dont j'ai traduit quelques passages dans le premier chapitre : en même temps que le perspicace auteur décrit presque à leur origine ces institutions qui aujourd'hui régissent la race anglo-américaine, il marque de toute sa force l'opposition qui existe et existera toujours entre les principes du droit an-

glo-saxon et ceux du droit romain; il sait que d'après le droit conservé dans le digeste, le prince a tout pouvoir, que la justice romaine est incompatible avec les droits de liberté et de propriété du sujet anglais, que sous l'empire de ce droit, il ne peut y avoir de shériff dans le comté ni de jurés; que si ce système prévalait, le parlement du royaume n'aurait plus de raison d'être, et que toutes les institutions coutumières tomberaient en désuétude ou seraient abolies; et qu'on l'écoute encore une fois ce vieux sage perspicace du xve siècle quand il dit : « Le roi d'Angleterre ne peut pas changer les lois de son royaume suivant son bon plaisir, car il ne gouverne pas son peuple par un titre royal, mais il le gouverne *politiquement*; et si c'était seulement par titre royal, il pourrait changer les lois et imposer des tailles et autres charges sans consulter ses sujets, ainsi que le marque le droit civil qui dit que la volonté du prince a force de loi ; c'est ce que ne saurait faire le prince qui gouverne politiquement parce qu'il ne peut changer les lois sans le consentement de ses sujets »... « Réjouis-toi, prince excellent, ajoute Fortescue

parlant au futur Henri VI, que la loi soit telle dans le pays au gouvernement duquel tu dois succéder ; parce qu'elle assurera et à toi et à ton peuple une sécurité et une consolation non moins grandes [1]. Il serait bon de méditer sans cesse ce petit volume où l'antagonisme entre le droit civil, c'est-à-dire entre le droit romain et le droit coutumier anglais, est marqué avec des traits presque modernes, tellement la pensée est nette.

Si donc la question est ramenée à ses termes les plus simples, aujourd'hui, comme au temps de Fortescue, on se trouve en présence de deux idées élémentaires : le sujet anglais, n'est pas l'égal des autres sujets anglais, mais il a des droits que nul pouvoir ne saurait enfreindre ; cet homme a les armes légales qui le mettent en mesure de se défendre ; et, d'autre part, il il n'y a pas de gouvernement qu'il acceptera s'il n'y participe pas ou s'il n'y consent pas.

Et je dis que réduit à ces termes élémentaires, toutes les idées marquées déjà si fortement dans Fortescue, aboutissentcomme nous l'avons déjà indiqué dans le premier chapitre, à créer

1. De la page 25 à la page 27, édition de 1730.

la société et le gouvernement tels qu'ils existent en Angleterre depuis un peu plus d'un siècle, ou à établir la République telle qu'elle existe aux Etats-Unis. En d'autres mots, en Angleterre elles s'accommodent d'une royauté qui a l'avantage de représenter vivante une des plus grandes traditions historiques du monde, d'une aristocratie puissante encore qui, sans gêner la nation dans laquelle elle se fond à tant d'égards, y conserve une quantité considérable de principes germaniques et y enseigne cette sorte d'indépendance, de courage viril et de confiance en elle-même que gardent encore les races aux longues lignées d'ancêtres.

Enfin elles conviennent à ce peuple, fier de ses droits individuels, de ses libertés lentement conquises et rudement défendues, de son droit commun dont la constitution politique est elle-même partie, en un mot de ce « *sub lege libertas* » qui reste sa devise.

Ou bien encore ces mêmes idées créent la République telle qu'elle existe aux Etats-Unis, c'est-à-dire une institution sociale où le gouvernement venu du peuple, est tenu en respect et en échec par la tradition d'un millier d'an-

nées dont ce peuple est sorti et sur laquelle il vit; où les droits de chacun sont réservés à chacun, et où le gouvernement lui-même, ni par son pouvoir législatif ni par son pouvoir exécutif, ne saurait pénétrer dans l'enceinte des franchises qui appartiennent à chaque homme; institution nationale à presque tous égards, au fond moins différente qu'on ne le croit de celle de l'Angleterre, et qui cependant, par ses côtés plus jeunes et plus démocratiques, fait naître dans bien des âmes une sorte de dévouement au moins égal à celui que l'Angleterre sait pouvoir attendre des sujets de la Reine ; sentiment *sui generis*, mais qui anime, soutient le citoyen, est capable de lui inspirer de grandes choses; et, pour terminer par une dernière remarque qui montre combien ce sentiment quoique nouveau à bien des égards, remonte loin dans le passé anglais, qu'on n'oublie pas que, dans le langage américain il se nomme allégeance. Ainsi le mot qui définissait les devoirs du vassal tels que la féodalité du XIII[e] siècle les avait compris et tels qu'ils sont énoncés dans les anciens monuments du droit féodal, est devenu par une singulière transformation, le mot technique qui désigne

chez les Anglo-Américains les rapports légaux établis entre le citoyen et son gouvernement.

Or, toutes les fois que dans l'histoire d'une langue, un mot essentiel reste dans l'usage usuel, et surtout quand il se maintient à l'état de terme technique, bien que son sens primitif soit considérablement changé, qu'on en soit sûr, s'il s'est produit dans la société des transformations successives qui ont affecté le sens du mot, il n'y a jamais eu de révolution brusque et violente.

Nous avons vu déjà le mot de fief absolu, qui au moyen âge a exprimé une certaine forme de concession du souverain au vassal, en venir à exprimer dans l'Amérique d'aujourd'hui l'idée même de la propriété allodiale. Ceci indique comment le principe du fief s'est transformé peu à peu jusqu'à se fondre dans le principe exactement contraire ; voici maintenant le mot allégeance qui semble avoir eu une destinée à peu près semblable : indications qui révèlent à l'œil exercé comment, à presque tous les égards, la République des Etats-Unis se rattache au passé historique de l'Angleterre, et est singulièrement affectée par ce passé.

CHAPITRE IV

DU SUFFRAGE UNIVERSEL

Voici donc cette société gouvernée par ce droit même qui, en Angleterre, a donné leur forme aux principes aristocratiques et qui est seulement altéré en quelques points essentiels dans les coutumes des nouveaux Etats d'Amérique. Il est vrai que, dans cette même société, la situation des hommes les a rapprochés singulièrement les uns des autres, et, qu'en bien des sens, l'égalité des fortunes a amené une sorte d'égalité entre la majeure partie des habitants; mais ceci sans doute assez vrai, au moment de la Révolution, n'était, en partie du moins, que le résultat de faits transitoires ou accidentels. Pinkney, qui a décrit cette so-

ciété en 1787, croyait à la longue durée de ces faits ; s'il écrivait en 1890, il verrait lui-même qu'il a fallu moins d'un siècle pour en changer beaucoup l'aspect, au moins sur une partie très considérable du territoire des Etats-Unis.

D'autre part, il semble que Pinkney et, en général ses contemporains, ont attaché une importance exagérée à l'abolition du droit d'aînesse et à l'établissement du partage égal des successions *ab intestat*. S'ils avaient pu prévoir comment le code civil de Napoléon allait comprendre les conditions de la démocratie, et comment il s'y prendrait pour la mettre en possession du droit civil, ils auraient jugé sans nul doute qu'il fallait plus que l'abolition du droit d'aînesse, plus que le partage égal des successions *ab intestat*; qu'il fallait aller au fond même des choses et non pas seulement gratter la surface ; qu'en un mot, il était de toute nécessité d'abolir presque toute substitution, d'effacer des lois le système si complet de la propriété fiduciaire ; et s'ils avaient entendu fonder une démocratie égalitaire, ils auraient dû supprimer du droit an-

glais presque tout ce qui règle les diverses manières de disposer de la prooriété ; plus encore, effacer de la jurisprudence au moins le tiers ou le quart des décisions ayant force de loi parce qu'elles interprètent les principes mêmes qui gouvernent ces matières.

Or nul aux Etats-Unis n'aurait même rêvé d'entreprendre une pareille œuvre ; porter la main sur cette partie essentielle du droit, c'eût été changer radicalement la constitution sociale du pays, et faire subir à ces sociétés une amputation à laquelle elles n'auraient pu survivre.

Par conséquent le droit américain resta dans son essence le droit anglais ; les rapports des hommes entre eux continuèrent à être après la Révolution presque ce qu'ils avaient été auparavant.

Bien plus encore ; l'égalité ne pénétra pas d'abord dans le droit politique sous la forme du suffrage accordé à tous les hommes âgés de plus de vingt-et-un ans qui résidaient dans un des nouveaux Etats.

Ces Etats maintinrent tous, à l'origine, d'importantes restrictions au droit de suffrage poli-

tique : on n'a pour s'en convaincre qu'à jeter les yeux sur les constitutions adoptées de 1776 à 1790, et d'autre part, nous avons déjà cité l'ordonnance de 1787 sur l'organisation des territoires du nord-ouest qui contient l'expression de la pensée contemporaine; ainsi les Etats et le gouvernement de la confédération se mettent au même point de vue; partout le suffrage est restreint par des lois fort efficaces[1].

Comment donc s'est-il fait que le suffrage à peu près universel des citoyens, soit entré peu à peu dans les institutions de presque tous les Etats ?

On a dit souvent que tel fut l'un des résultats bienfaisants de l'avénement au pouvoir de l'école de M. Jefferson en 1801. Il est sans

1. L'Etat qui semble avoir le plus étendu le droit de suffrage dans cette première période est celui de la Pensylvanie. Aux termes des constitutions de 1776 et de 1790, est électeur tout homme libre (Freeman); s'il a résidé pendant un an dans l'Etat et s'il a payé les taxes, il a le droit de vote. (Constitution de 1776, section I, paragraphe 5.)

Aux termes de la constitution de 1790, la législature ordonnera la formation des listes électorales qui seront établies en y faisant figurer tous les citoyens de l'Etat qui payent des taxes. (Constitution de 1790, article Ier, section III.)

doute vrai que M. Jefferson, ses disciples et son parti après lui, se sont toujours prononcés pour la doctrine du suffrage universel, et il est encore vrai que ce mode de suffrage n'a jamais inspiré ni enthousiasme, ni confiance à Hamilton et aux anciens fédéralistes ; mais cette explication ne résout pas le problème. Il est certain d'autre part, que Jefferson n'a pas toujours mis ses principes à exécution, et qu'en lui il ne faudrait pas confondre les déductions du logicien, avec les actes souvent très contradictoires du politique. Enfin aux Etats-Unis il n'est pas de parti politique qui ait jamais créé une doctrine d'ensemble et qui ait ensuite essayé de l'appliquer. Ce sont des faits, tels qu'ils se produisent dans la société, que naissent les partis politiques, ce sont ces mêmes faits qui guident ceux-là même qui doivent les interpréter ; les idées, si on pouvait le dire, ne sont dans une société pareille que le résultat des sensations, des phénomènes ambiants ; elles ne sont pas innées comme elles peuvent l'être ailleurs. Or, il faut bien l'observer, dans cette société, telle que nous avons essayé de la décrire de 1776 à 1789, rien ne semblait encore

commander l'extension du suffrage à presque tous les citoyens du sexe masculin âgés de plus de vingt-et-un ans.

Plus encore, je ne crois pas que les plus éminents contemporains aient vu clairement que la force même des choses allait créer un état de faits, d'où l'extension du suffrage sortirait presque naturellement.

Et cependant ces faits commençaient à se produire presque au moment où s'établissait la constitution des Etats-Unis.

Rappelons-nous une fois de plus cette grande ordonnance qui, dès 1787, décrétait une organisation commune pour tous les territoires situés au nord-ouest de la rivière de l'Ohio. Elle déclarait que dans ce territoire, se créeraient de trois à cinq districts dont l'acte du congrès traçait les limites.

En même temps, au sud de la rivière de l'Ohio, à l'est du Mississipi et à l'ouest de la partie habitée de l'Etat de la Virginie, le désert se peuplait d'émigrants venus, la plupart du temps, de la Virginie, et assez souvent aussi du Maryland et de la Pensylvanie. Cette population d'origine quelque peu diverse, se

rencontrait, s'agglomérait, se formait en société sur ces vastes territoires qui devaient bientôt porter le nom de l'Etat du Kentucky.

En se transplantant dans un milieu nouveau et presque sauvage, en y rencontrant pour la première fois des hommes semblables à lui, mais souvent venus d'une société d'origine un peu différente, et d'habitudes plutôt semblables qu'identiques, l'émigrant formait avec eux de nouveaux liens sociaux. Dès ce moment deux faits constants s'imposaient; c'étaient ces faits mêmes que tout voyageur peut encore observer aujourd'hui dans les territoires les moins peuplés du « grand-ouest »; le plus important consiste en ce que l'émigrant retient le fonds d'idées, les principes légaux, la pratique gouvernementale de son Etat d'origine; toutefois comme il se trouve placé à côté d'hommes qui sont venus d'autres Etats et qui, eux aussi, ont retenu des idées souvent à peu près semblables, mais quelquefois aussi différentes, il se forme de ce rapprochement un tout quelque peu nouveau, en ce sens qu'il est constitué de parties qui sont sans doute d'origine anglaise, mais qui ont déjà subi de sensibles

altérations ; et quand ces parties se retrouvent comme par hasard dans un milieu entièrement différent, il est certain d'avance qu'elles subiront d'importantes modifications.

En outre, dans l'Etat du Kentucky, puisque par droit de naissance, il est le premier qui doive nous occuper [1], les Virginiens, les Marylandais, les Pensylvaniens qui se rencontrent pour constituer une société nouvelle, ont laissé, pour ainsi dire, derrière eux, si on peut le dire, la tradition sociale dans laquelle ils sont nés ; en émigrant ils ont perdu de vue la situation éminente des personnes que leur influence personnelle, la possession de la terre, les souvenirs des ancêtres, enfin les grands services rendus à la cause commune ont placés au-dessus de leurs concitoyens. Ces *directeurs d'hommes* qui ont pu les conduire avant qu'ils émigrent, ne les conduisent plus après qu'ils ont rompu leurs associations primitives ; ils sont

1. En ordre de dates, c'est l'État du Vermont qui fut le premier admis dans la confédération; il y entra en 1786, c'est-à-dire environ trois ans avant l'organisation des Etats-Unis, qui eut lieu le 30 avril 1789, jour où George Washington fut installé comme président. Le premier État admis dans l'Union après cette date, est celui du Kentucky.

encore et resteront toujours des Anglo-Saxons; le droit coutumier, les droits individuels, le gouvernement libre, tous ces principes sont restés aussi vivants, aussi énergiques après qu'avant la transplantation. Mais un changement important ne s'en est pas moins fait; l'égalité entre ces hommes est venue de la condition même où ils se trouvaient au moment où, s'apercevant pour la première fois à distance au milieu de la plaine ou au fond de la forêt, ils ont marché l'un vers l'autre et ont échangé entre eux la première parole.

Et c'est du grand fait de la formation même de sociétés nouvelles qu'est né le suffrage égal des hommes. En 1792, le Kentucky s'est peuplé suffisamment pour subvenir aux besoins de son propre gouvernement; il a adopté une constitution et il demande à devenir un des Etats de l'Union. Avec cette constitution de 1792, le suffrage quasi-universel fait son entrée sur la scène; les restrictions imposées au droit de vote sont limitées à l'acquittement des taxes locales.

Maintenant franchissons la rivière de l'Ohio; entrons dans ces territoires dits du nord-ouest

dont l'acte de 1787 a sagement et pour toujours banni l'esclavage; le même travail de colonisation que nous venons d'indiquer s'accomplit avec une énergie accrue; mêmes résultats se produisent ; et en 1802, l'Ohio entre dans l'Union; le suffrage y est à peu près réglé comme dans l'Etat du Kentucky ; et ainsi de suite le mouvement créateur s'étend de proche en proche, et produit les mêmes effets. L'émigration suit des courants réguliers, et se fait, chose digne de remarque, sur des lignes parallèles; de telle sorte que, depuis les frontières du Canada jusqu'au golfe du Mexique, par un mouvement de l'est à l'ouest, une partie importante de la population des anciennes colonies se déplace pour aller ailleurs et plus loin créer de nouvelles communautés d'hommes.

Qu'on suive bien ce mouvement graduel de déplacement : voilà l'Anglais de 1640 devenu le Virginien du temps de Washington ; cinquante ou soixante ans plus tard, émigré dans le Kentucky, ce même Anglais, devenu Virginien, puis Kentuckien, se représentera sous une forme nouvelle. Voici Henry Clay, par exemple; il vaut la peine qu'on le nomme au-

près de plus grands noms, il ressemble à l'Anglais de 1640, il ressemble encore au contemperain de Washington, mais c'est un personnage nouveau.

Et ceci est vrai de ces générations éminentes d'hommes qui se sont faits eux-mêmes, bien que quelques-uns se rattachent à des races historiques, et qui ont gouverné, dirigé les Etats situés entre la rivière de l'Ohio et le Mississipi, et dont quelques-uns ont laissé des noms de premier ordre dans l'histoire des cent dernières années. Ils ont grandi au milieu d'une société qui se constituait sur le principe même de l'égalité; ils ont considéré cette égalité comme un grand fait sur lequel il n'y avait pas même à discuter.

Mais voici qu'un troisième mouvement d'émigration va commencer, puis s'accentuer. Cette fois, à côté de ceux-là même qui viennent des Etats d'origine, de la Pensylvanie, de New-York, de la nouvelle Angleterre, presque inépuisables dans leurs transplantations d'hommes, vient se placer la génération qui a grandi dans les Etats créés depuis le commencement du siècle, de l'Ohio à l'est au Mississipi à

l'ouest; elle suit à son tour le chemin qui cette fois la mène à travers le Mississipi; et là se vont constituer par des rapprochements tout nouveaux entre des hommes venus des Etats de l'Atlantique, et ces hommes nés dans les Etats de création plus récente, des sociétés à formes quelque peu nouvelles. Ici le même travail que j'ai décrit pour le Kentucky et pour l'Ohio, vient à se produire une fois de plus; les traditions sont conservées, mais les sociétés qui se créent, qui toutes sont fondées sur le droit coutumier d'origine anglaise, qui reconnaissent les mêmes droits individuels, qui adoptent des constitutions d'Etat d'après le modèle traditionnel, n'en ont pas moins pris un aspect plus démocratique encore. Les faits et les idées sont cette fois en plein accord; c'est la démocratie qui domine, c'est le suffrage universel qui est arrivé à prévaloir partout, presque sans plus de restriction.

Eh bien! c'est dans ces sociétés qui se sont successivement formées à l'ouest des colonies primitives, que s'est développé le grand fait de l'égalité politique des hommes. Le droit de suffrage ne leur a sans doute pas été concédé, mais

ils l'ont déduit de la nature même des choses.

Et, pour le dire en passant, c'est précisément sur ces terres vierges, au milieu de ces communautés en voie de formation, que ces émigrants toujours pleins de l'origine anglaise de leurs institutions, en sont vraiment arrivés à se sentir républicains. Quel est au juste ce sentiment pour les peuples modernes? Quelle est cette jouissance particulière qu'éprouve l'homme en se sentant citoyen d'un grand pays libre où il ne trouve que des égaux devant la loi? Comment l'âpre et fière jouissance que ce citoyen ressent, s'accommode-t-elle avec le respect du droit d'autrui? Questions que l'on voit bien souvent indiquées, mais qui n'ont pas cependant, d'après moi, été suffisamment examinées pour qu'il soit possible de se contenter des réponses qui y ont été faites.

Mais comme nous ne saurions les discuter ici, il suffira d'y avoir appelé l'attention. Revenons-en au droit de suffrage.

On a beaucoup dit, et avec parfaite justesse, qu'en matière de droit de vote, quand le suffrage s'est étendu pour une raison ou pour l'autre, on ne saurait aisément le restreindre;

toutefois ceci n'est vrai que de l'extension du suffrage qui répond à un état de faits qui l'a déterminée; c'est seulement à cette condition qu'elle est permanente. Mais il est tout aussi vrai de dire que, même aux Etats-Unis, où chaque Etat règle les conditions du suffrage, le jour où le droit de vote s'étendait dans les Etats nouveaux à presque tous les citoyens qui y résidaient, il devait nécessairement se produire un grand effort dans les Etats de l'Atlantique, c'est-à-dire dans les anciennes colonies, pour rapprocher leur droit politique de celui des nouveaux Etats.

Ne parlons ici que de l'Etat de New-York ; nous sommes en 1821 ; il s'est donc passé quarante-trois ans depuis l'adoption de la première constitution de l'Etat qui avait décrété le suffrage restreint. Il s'était écoulé vingt ans depuis que M. Jefferson avait été élu à la Présidence des Etats-Unis, et que le parti démocratique (appelé alors le parti républicain) était en pleine possession de tous les pouvoirs fédéraux (la cour suprême exceptée) ; et cependant, jusque-là aucune tentative n'avait été fructueusement faite dans l'Etat de New-York pour étendre le droit de suffrage. Ce ne fut qu'en 1820 que

la question s'y posa nettement. Ici je préfère traduire quelques fragments de M. Geo. Bancroft, un ami, un confident de Martin Van Buren, qui joua dans cette affaire le rôle principal. Mais étant ainsi certain de rester impartial vis-à-vis des républicains d'alors, je cours le risque, en citant un de leurs soutiens déterminé, de faire à mon tour une sorte de tort à un éminent fédéraliste, au chancelier Kent qui s'opposa dans la lutte mémorable que raconte M. Bancroft, à l'extension du droit de suffrage. Toutefois sa mémoire étant au-dessus des atteintes de la critique, je vais traduire M. Geo. Bancroft[1] :

« La constitution de New-York adoptée en 1777, avait décidé que les libres tenanciers seraient divisés en deux classes ; que ceux qui

1. M. Bancroft prend soin de nous dire qu'il a composé ce mémoire intitulé « Life of Martin van Buren » sur des documents authentiques qui lui ont été fournis par Silas Wrigth ; — il ajoute qu'aprés avoir rédigé le présent écrit, il le soumit à Martin van Buren, lequel le déclara de tous points exact. J'aimerais aussi que l'éminent historien pût ajouter aux noms de Silas Wright et de van Buren, ceux de M. Kent et de quelques autres fédéralistes; évidemment il n'a eu garde de consulter personne qui ait appartenu à ce parti. — Sous ces réserves je cite M. Geo. Bancroft.

possédaient une propriété de 50 dollars auraient droit de participer au vote pour le choix des représentants à l'assemblée (de l'Etat), et que ceux-là seuls qui posséderaient une propriété non hypothéquée d'une valeur de 250 dollars, auraient droit d'élire le gouverneur et les sénateurs. » Ce régime dura jusqu'en 1821, époque où le parti démocratique-républicain (il portait encore la seconde désignation) proposa, sous la direction de Martin Van Buren, jeune homme, alors, et qui joua plus tard un grand rôle dans l'histoire politique de son pays (il a été sénateur, sécrétaire d'Etat, président, et peut-être sa participation ultérieure au mouvement abolitioniste forme-t-elle la meilleure part de son histoire personnelle), « de transférer la souveraineté de New-York des libres tenanciers aux habitants de l'Etat. Conformément à la méthode déjà acceptée de tous, il incombait à la législature élue par le suffrage restreint, de convoquer, par mesure législative, une convention qui aurait pour objet de réviser la constitution ; cette proposition devait à son tour être soumise au corps électoral », et comme celui-ci, bien que composé d'électeurs qu'on eût désignés en

France il y a une quarantaine d'années, sous le nom d'électeurs censitaires, approuva la mesure, la convention ainsi élue se réunit à Albany en août 1821. « Elle était composée d'hommes éminents, les uns, tels que le chancelier Kent, fédéralistes déterminés, par conséquent décidés à soutenir le principe du suffrage restreint, et les autres, et parmi eux Van Buren, démocrates tout aussi déterminés, et décidés de leur côté à établir le suffrage de tous les habitants. » La discussion porta d'abord sur d'autres réformes constitutionnelles importantes dont il ne saurait être parlé ici. Enfin la grande question, celle du suffrage, se présenta. Van Buren l'avait définie d'avance; « l'expérience a prouvé, avait-il dit, que les restrictions existantes sont aussi impolitiques qu'injustes; c'est le devoir de la sagesse de corriger ce que l'expérience condamne. » Mais quand la discussion s'engagea sur le droit de vote, certains hommes parmi lesquels quelques-uns ont laissé un nom dans l'histoire politique ou judiciaire des Etats-Unis, et parmi eux Kent, celui-là même dont la mémoire est pour longtemps préservée de l'oubli parce qu'il est l'auteur d'un

ouvrage de premier ordre, s'opposèrent énergiquement à toute extension du suffrage, au moins en ce ce qui touchait aux électeurs sénatoriaux : « le sénat, dit M. Kent, devrait continuer comme par le passé à représenter l'intérêt territorial et à être en dehors de l'action du suffrage universel. Le rapport qui est devant nous propose de mettre à néant d'un seul coup toutes les distinctions de propriété, et de nous incliner devant l'idole du suffrage universel. Ce principe démocratique extrême, quand on a dû l'appliquer aux branches législatives et exécutives du gouvernement, a été regardé avec terreur par les hommes sages de tous les temps; si nous sommes comme les autres races d'hommes, avec mêmes folies et mêmes vices, je crains beaucoup que notre postérité n'ait toutes raisons de déplorer l'illusion de ce jour... Je désire maintenir notre sénat comme représentant de l'intérêt territorial... Le danger à redouter de l'expérience du suffrage universel appliqué à l'ensemble du pouvoir législatif, n'est pas un rêve de l'imagination... La tendance du suffrage universel est de mettre en danger les droits de propriété et les principes

de liberté ... Le développement de la ville de New-York suffit à ébranler et à éveiller ceux qui poursuivent l'*ignis fatuus* du suffrage universel... Nous sommes destinés à devenir un grand Etat manufacturier autant que commerçant. Nous avons déjà des fabriques nombreuses et prospères; et un patron capitaliste, avec ses cent apprentis et hommes de journée, ses agents et employés, dominera au scrutin un nombre égal de petits cultivateurs qui vivront autour de lui et qui ne pourront s'unir dans un esprit de défense commune. De grandes manufactures et des établissements industriels peuvent agir à l'instant, avec l'unité et la puissance de troupes disciplinées. C'est contre ces associations entre autres que nous devrions donner aux libres tenanciers et à ceux qui ont un intérêt dans la terre, une branche de la législature pour leur asile et pour leur protection. Une fois accordé, le suffrage universel ne peut plus être supprimé; la démocratie ne rétrograde pas. Si nous abandonnons notre pouvoir actuel sur le sénat, nous confions aux vagues nos meilleures espérances et nos plus précieux intérêts. »

Passant sur les incidents du débat, venons-en au discours de Van Buren. D'après lui, les fondateurs du gouvernement des Etats-Unis avaient décidé que nul ne serait taxé s'il n'était représenté. De ce principe découle la conséquence forcée que toute propriété, et non seulement une classe restreinte de propriétaires, doit être représentée dans le sénat ». On dit que la sécurité des propriétaires ruraux exige une représentation restreinte; mais il n'en est pas ainsi, puisqu'ils ont eux-mêmes voté en faveur de la révision de la constitution.

Puis, revenant à la distinction faite au cours des débats entre la propriété mobilière et la propriété immobilière, Van Buren cherche à établir que le suffrage restreint n'apporte pas de protection spéciale à la propriété, que les principes d'ordre et de bon gouvernement sont dans le peuple; et il soutient, ce qui est bien plus contestable, que la responsabilité des législateurs vis-à-vis du peuple le garantissent contre les lois agraires et le mettent à l'abri des mesures dangereuses; enfin, d'après lui, toute tentative, pour assurer une représentation de la propriété individuelle, a toujours été,

et sera toujours illusoire. Ce fut le discours le plus important qu'entendit cette convention, ont dit plusieurs historiens, et a répété M. Bancroft. Je ne suis pas bien sûr cependant qu'il fût marqué par une irrésistible logique. Et, avant la fin du débat, la faiblesse de certains arguments se révéla d'une manière bien inattendue. Quand il s'agit de savoir si les habitants de couleur de l'Etat de New-York seraient, eux aussi, investis du droit de vote, à la simple condition imposée à tous les électeurs d'une courte résidence dans l'Etat, la logique du parti démocratique fut immédiatement en défaut. Il refusa d'accorder aux personnes de couleur les mêmes droits qu'il venait bruyamment de donner à tous les autres; ici il imposa un cens. Furent seuls admis à voter les noirs qui possédaient une propriété. M. Bancroft, en écrivant les souvenirs sur Van Buren d'où ces détails sont extraits, trouve cette grosse inconséquence toute naturelle. D'autres pourront la juger plus sévèrement. Si la déclaration d'indépendance a entendu vraiment ce que le parti démocratique et Jefferson et Van Buren et M. Bancroft lui-même ont affirmé qu'elle vou-

lait dire, la conclusion est forcée : tout homme, du moment qu'il réside dans un Etat, et par le seul fait qu'il est majeur, a droit à sa part de souveraineté [1].

Mais cette flagrante inégalité dans l'exercice du droit de suffrage n'est pas la seule que le parti qui passait alors pour représenter les droits populaires ait consenti à maintenir ; il en est une autre qui a survécu aux longs succès du parti démocratique à New-York et qui existe encore : il s'agit de l'inégalité de la représentation des villes et de celle des campagnes. Celle-ci a été maintenue dans la révision constitutionnelle de 1821, et, chose plus remarquable encore, dans celle de 1846, alors que le parti démocratique, non seulement dans l'Etat de New-York mais dans les Etats-Unis, avait atteint la période de sa plus haute puissance. Eh bien! voici quelle est la situation dont ces théoriciens de l'égalité, dont ces représentants de l'idée démocratique se sont accommodés.

Un exemple va la faire saisir : en novembre 1888, quand M. Benjamin Harrison, alors

1. Voyez Life of Martin Van Buren by Geo. Bancroft, pp. 62-101.

candidat à la présidence, a eu la majorité dans l'Etat de New-York contre M. Grover Cleveland, le vote total de l'Etat exprimé en faveur des électeurs présidentiels s'est élevé à 1,286,303. Dans ce chiffre total, les villes de New-York et de Brooklyn figurent pour 422,216 voix; par conséquent ces deux centres de population ont fourni les douze vingt-cinquièmes du vote total de l'Etat.

Le même jour étaient élus tous les membres de l'assemblée (chambre basse de la législature de l'Etat); or, d'après la constitution de New-York, le comté de New-York (qui est formé de la ville de ce nom), et le comté de King qui est formé de la ville de Brooklyn et de ses annexes, élisaient, le premier vingt-quatre membres de l'assemblée, et le second douze; juste la proportion que leur accorde la constitution de l'Etat; voilà pour la représentation à la législature des douze vingt-cinquièmes; quant aux huit cent soixante-quatre mille cent quatre-vingt-sept électeurs distribués dans les 58 autres comtés de l'Etat, ils élisaient 91 membres de l'assemblée. Et cette inégalité dans la représentation n'est pas bornée à l'Etat de New-York; il en est

à peu près de même dans toutes les parties des Etats-Unis où se trouvent de grands centres de population. D'où il faut conclure que, sans doute, nous sommes ici en présence du suffrage général; mais qu'il existe un autre élément qui paralyse singulièrement ses effets; les autonomies locales, les influences rurales, les bonnes et saines traditions d'indépendance qu'assure presque toujours la possession de la terre, sont loin d'être oblitérées. En d'autres termes, le nombre n'est pas la seule base de la représentation, et la politique ne s'inspire pas seulement de l'arithmétique [1].

Remarque d'où il résulte que sous cette prétendue universalité du suffrage, un fait a persisté depuis l'origine même du gouvernement jusqu'à nos jours ; et ce fait, c'est celui de la supériorité politique dont les classes rurales,

1. A ceux qui voudraient réfléchir sur cet état de choses, je ne saurais mieux faire que de recommander la brochure que publie chaque année la Tribune de New-York. Sous le titre modeste de « Tribune almanac and political Register », un des plus habiles experts en matière politique, M. Edward Mac Pherson, réunit maintenant tous les ans un ensemble de faits et de statistiques très complet, surtout en ce qui regarde l'Etat de New-York; — c'est à cette publication que j'ai eu recours pour les statistiques électorales de 1888.

ou pour mieux dire des classes qui possèdent la terre ou la cultivent, ont été et sont encore investies.

M. Geo. Bancroft, l'esprit tout rempli des formes d'expression autrefois si chères à l'école démocratique, dit dans l'ouvrage même que nous avons cité un peu plus haut:

« Les pères de notre pays, quand ils ont institué le gouvernement populaire, n'avaient pas encore les lumières de l'expérience pour les guider; » « un germe d'aristocratie s'était mêlé avec les semences de liberté qu'ils avaient plantées, et ce germe commençait à produire des fruits amers[1]. » « Van Buren ne proposait rien moins que de transférer la souveraineté de New-York des propriétaires aux habitants de l'Etat, » et c'était une de ses maximes « que ce qui devait être fait devait être fait vite[2]. » Ceci est peut-être vrai de Van Buren lui-même; mais assurément il n'est pas exact de dire que le parti démocratique se soit beaucoup hâté en cette matière, et que ces germes d'aristocratie aient produit des fruits si amers qu'il ait paru

1. P. 62.
2. P. 63.

bien important de les extirper, puisque, au moment actuel ils existent encore en partie, et que l'extension du suffrage n'a pu enlever aux classes rurales une sorte de supériorité constante et de domination presque ininterrompue dans le gouvernement de l'Etat [1].

1. Voici en très peu de mots l'application de ce système : le même jour, par exemple, sont élus le gouverneur de l'État, une moitié du sénat (le sénat se renouvelle par moitié) et toute l'assemblée (chambre basse) — le gouverneur est choisi par la majorité des suffrages de tout l'État : les grands centres démocratiques de la ville de New-York, et en général, les groupes de population au sud de la ville d'Albany, donnent une majorité démocratique, nous dirons de 75,000 voix (c'est presque la moyenne depuis quelques années); mais les comtés du centre de l'Etat, quelques-uns des comtés de l'Ouest et surtout ceux du Nord expriment des majorités aussi décisives en faveur du parti républicain. Si ces comtés donnent toutes leurs forces, le parti républicain peut avoir la majorité malgré cet énorme appoint démocratique; mais supposons qu'il ne le fasse pas: alors le gouverneur démocratique sera élu; mais là s'arrête en général le succès; la grande majorité des districts qui choisissent sénateurs et membres de l'assemblée, sont situés dans l'intérieur de l'Etat, et ils élisent au sénat et à l'assemblée des républicains.

Autre conséquence : la législature ainsi choisie élit les sénateurs des Etats-Unis : — républicaine à New-York, elle envoie naturellement des sénateurs républicains à Washington. Voici en ce moment comment l'Etat de New-York est gouverné ou représenté : gouverneur démocrate — sénat et assemblée qui viennent de clore la session, ré-

Reste une dernière question, et celle-ci est d'une telle importance que, bien qu'elle ne puisse être expliquée dans son entier, vu que sa solution dépend en grande partie de principes qui n'ont pas encore été nettement définis, il est nécessaire d'en dire au moins quelque chose.

La constitution de l'Etat de New-York adoptée en 1846, et qui est encore en vigueur, dit que tous les citoyens du sexe mâle âgés de vingt-et-un ans, qui ont habité dans l'Etat pendant l'année qui précède l'élection, ont droit de voter. Eh bien ! supposons que la législature adopte une loi qui, d'une façon directe ou indirecte, restreigne les limites de ce droit de suffrage, où sera le remède? Le citoyen peut-il revendiquer le droit de vote comme un droit absolu et qui lui appartient en propre ? Qu'on ouvre les recueils

publicains; sénateurs des Etats-Unis; deux républicains. Faut-il blâmer cet état de choses? mille fois non. La politique n'a rien à faire avec la géométrie et avec l'arithmétique; il vaut mieux pour le bien commun, que les choses restent en l'état où elles sont et que les classes rurales maintiennent en partie leur ascendant; il vaut surtout beaucoup mieux que les partis soient aussi balancés que possible. Alors ils se tiennent les uns et les autres en échec.

1. Constitution, art. 2, sect. I.

de la jurisprudence des tribunaux de New-York et on y trouvera la réponse.

Au mois de mars 1867, il s'agissait de réviser la constitution de 1846. La législature de New-York vota que des délégués à une convention constitutionnelle seraient choisis par les électeurs de l'Etat, mais qu'avant de déposer leurs votes, ces électeurs déclareraient sous serment qu'ils avaient soutenu la cause de l'Union, de 1861 à 1865 ; ceci atteignait bon nombre d'électeurs de l'Etat de New-York, et les eût obligés à ne pas voter.

La question fut portée devant le tribunal de la ville de Syracuse ; un électeur allégua qu'il avait été ainsi privé du droit de suffrage ; il actionnait en justice le membre du bureau qui avait exigé de lui le serment. L'action une fois engagée, suivit son cours avec des résultats divers ; elle passa ainsi par toutes les filières jusqu'à la décision suprême de l'affaire par la cour des appels de l'Etat.

Devant cette cour la question fut discutée sous toutes ses faces. La cour rendit alors l'arrêt par lequel elle annulait la loi comme contraire aux droits garantis au citoyen par

la constitution, et, par conséquent, comme inconstitutionnelle. De cette espèce célèbre il nous paraît important de citer un court extrait :

« Priver un citoyen du privilège d'exercer la franchise électorale, c'est infliger une peine. C'est une des particularités qui caractérisent nos institutions libres, que chaque citoyen a droit à la jouissance de certains droits et de certains privilèges qui le mettent sur un pied d'égalité avec ses voisins. Toute loi qui supprime ou restreint ces droits ne constitue pas seulement un empiètement sur la jouissance de ces droits, mais elle inflige une peine. »

« La loi viole aussi la section première de l'article premier de la constitution de l'Etat aux termes de laquelle « personne dans cet Etat ne sera privé d'aucun des droits et privilèges assurés à un citoyen, à moins que ce ne soit par la loi du pays ou par le jugement de ses pairs. » Disposition qui avait pour objet de restreindre les pouvoirs de la législature et d'empêcher l'acte qui aurait pour but de priver une personne de ses droits ou de lui enlever ses fran-

chises jusqu'à ce que les tribunaux aient décidé qu'ils ont été forfaits [1]. »

Et de ce texte si précis, rapprochons la définition de la liberté individuelle que nous empruntons à une décision de la même cour rédigée par un juge éminent : « la liberté, dans le sens large où elle est comprise dans ce pays, ne s'applique pas seulement au droit d'être affranchi de toute détention, emprisonnement ou restriction, mais elle s'étend encore au droit de chacun à employer ses facultés de toute manière qui sera légale; de vivre et de travailler où il lui plaît. Toutes lois donc qui affectent ou diminuent ces droits, constituent un empiètement sur les droits fondamentaux de la liberté du citoyen qui sont sous la protection de la constitution [2]. »

Voici donc encore une fois de quelle manière l'égalité est comprise aux Etats-Unis; ici, à certains égards, nous nous retrouvons au même point où nous étions à la fin du précé-

1. Green v° Schumway 39 court of apprents pp. 418 et suiv.

2. Mater of Jacob. 98 court of appeals, pp. 98 et suiv. opinion de M. Earle.

dent chapitre. L'égalité résulte de la liberté ; en beaucoup de sens, elle en est le corollaire ou la conséquence; c'est parce que certains droits sont inhérents au citoyen, qu'aucun citoyen ne saurait en être privé ; et à ce point de vue, la vraie égalité, l'égalité qui est la conséquence de la liberté, se présente à nous dans sa vraie acception. Mais si les droits de liberté individuelle, de propriété, enfin tous les droits du citoyen lui adhèrent par le fait même qu'il est citoyen, souvent même par ce seul fait qu'il est homme, il n'en est point ainsi du droit de suffrage. « Pendant près de quatre-vingt-dix ans, a dit la cour suprême des Etats-Unis, le peuple a accepté l'idée que quand la constitution conférait les droits de citoyen, elle ne conférait pas nécessairement le droit de suffrage[1]. » Donc aux termes de cette décision, il ne s'agit point ici d'un droit absolu et parfait. La constitution des Etats-Unis n'a jamais eu pour objet de le reconnaître ni d'en assurer l'exercice.

1. Minor v. Happersett 21 wallace, pp. 162 et suiv.

CHAPITRE V

DE LA SOUVERAINETÉ DU PEUPLE

On a vu précédemment de quelle manière la doctrine de la souveraineté du peuple était énoncée dans la déclaration d'indépendance. Les restrictions qui y sont mises sont soigneusement marquées; le principe est sans doute énoncé dans ce document, mais il y est enveloppé de nombreuses réserves.

Si on veut bien les comprendre, on n'a qu'à se reporter à ces paroles de Locke: « La majorité, a-t-il dit, ayant naturellement en elle, comme il a été prouvé, par l'union primitive des hommes, tout le pouvoir de la communauté, peut employer tout ce pouvoir à faire en temps opportun des lois pour toute la communauté et à exé-

cuter ces lois par des agents qu'elle choisit; auquel cas la forme du gouvernement est une démocratie parfaite; ou la majorité peut placer le pouvoir législatif dans les mains d'un petit nombre de personnes choisies, et alors c'est une oligarchie; ou bien encore dans les mains d'un homme, et alors c'est la monarchie [1]. »

Et ailleurs : « ni aucun édit émané d'une source quelconque ne saurait, quelle qu'en soit la forme, quel que soit le pouvoir qui l'appuie, revêtir la forme et la force obligatoire d'une loi s'il n'a pas la sanction du pouvoir législatif choisi par le public; car sans cela, la loi ne saurait avoir ce qui lui est nécessaire pour être la loi, le consentement de la société sur laquelle nul ne saurait exercer le pouvoir de faire des lois sans son approbation et sans autorité reçue d'elle [2]. »

Et enfin Locke écrit: « Je dis qu'employer la force contre le peuple, sans autorité et contre le dépôt qui en a été confié (au souverain), constitue un état de guerre contre le peuple, que le

1. Du gouvernement civil; Chap. X, *De la forme du gouvernement*, p. 259, édition Morleu.

2. *Ibid.* p. 260-261.

peuple a le droit de faire cesser par la force. Dans tous états et dans toutes les conditions, le vrai remède contre la force, qui ne s'appuie pas sur une autorité (légitime), c'est de s'y opposer par la force. L'usage de la force sans autorité, met toujours celui qui l'emploie dans l'état de guerre en tant qu'oppresseur, et le place en état d'être traité en conséquence [1]. »

Voici donc l'idée théorique : les hommes ayant formé un contrat primitif en vertu duquel la société existe, où le consentement du gouverné est indispensable au gouvernement, et où toute violation de ces rapports réciproques entre gouvernants et gouvernés constitue un état de guerre dans lequel la force doit repousser la force, il est évident que le droit des colonies américaines à prendre les armes ne saurait être douteux. Au point de vue où Locke s'est placé, il n'y a qu'à examiner en fait si les griefs sont suffisants, et s'ils le sont, il suffit de les formuler et d'en appeler au Dieu des batailles.

Mais comme nous l'avons déjà dit, ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'en réalité, le droit coutumier anglais enseignait ces mêmes doc-

1. *Ibid.* pp. 272-273.

rines, que l'Angleterre les avait plusieurs fois appliquées, et que le pacifique William Blackstone, appuyé sur ces précédents, et raisonnant d'après le droit coutumier, disait justement la même chose. Le penseur qui faisait dériver le droit social d'un contrat primitif entre divers êtres sauvages, n'apprenait donc rien à celui-là même qui, commentant les lois anglaises au point de vue de leur propre développement, en concluait que comme dernière ressource, il était légal de faire appel à la force pour redresser des griefs devenus intolérables.

Ainsi la déduction philosophique et l'argument légal se sont réunis dans la section de la déclaration d'indépendance que nous avons reproduite, et qui affirme le droit du gouvernant, c'est-à-dire du peuple, à consentir à l'existence et au maintien du gouvernement.

Mais d'abord qu'est le peuple dont il est ici parlé ? est-ce que sa volonté est formée de l'expression libre, indépendante de chaque membre de la communauté, de telle sorte que chaque citoyen doive consentir librement ?

Non, répond Locke, « car dès qu'un nombre quelconque d'individus, par le consentement de

chacun d'entre eux, ont formé une communauté, ils ont fait de cette communauté un seul corps avec pouvoir d'agir comme un seul corps, ce qui n'a lieu que par la volonté et la décision de la majorité; et ainsi chacun, en vertu de son consentement, se trouve obligé par la majorité. Et par conséquent, nous voyons que dans les assemblées qui ont le pouvoir de voter des lois positives, l'acte de la majorité est regardé comme l'acte du tout, et c'est elle qui détermine le pouvoir de tous en vertu de la loi de nature et de raison[1]. »

Ainsi le gouvernement dépend du consentement de la communauté, mais ce consentement n'a pas besoin de l'unanimité de tous les membres; une majorité, la simple majorité formée par un seul citoyen suffit ; ou, comme le dira plus tard ce même Thomas Jefferson du ton sentencieux qu'il prendra parfois, avec l'âge, et dans la fréquentation des philosophes de l'école française : il n'y aura de liberté que dans la société où une moitié exacte de la nation plus une voix aura décidé, et que l'autre

1. *Ibid.* 241.

moitié moins une voix, se soumettra à la décision.

De ces prémisses il est aisé de tirer la conclusion : cette loi de la majorité gouvernante, qui est présumée représenter le tout, et qui, par cette raison, a droit à exercer la souveraineté entière, est sage, souverainement bonne et juste ; ayez confiance en elle, ayez confiance dans l'absolue sagesse du peuple qui saura se gouverner comme il lui convient de le faire. Voilà la doctrine dans toute sa simplicité ; Locke avait trop de mâle bon sens pour la pousser jusqu'au bout ; mais Jefferson et l'école, la puissante école politique qu'il a fondée, ont répété cette sorte d'axiome depuis près de cent ans et probablement le répéteront longtemps encore [1].

1. Si j'écrivais un chapitre de critique littéraire sur Thomas Jefferson, et il vaudrait la peine qu'on en écrivît un, il faudrait nécessairement parler de ses rapports avec les philosophes de l'école française, voir ce qu'il a pris à Rousseau, au marquis de Condorcet et autres ; après mûr examen je serais porté à croire que Jefferson qui était un personnage fort compliqué, a bien voulu dans ses correspondances particulières, faire croire à M. de Condorcet et à d'autres qu'il était un disciple ; mais je ne vois pas qu'il ait été beaucoup inspiré par leurs écrits. Il est bien vrai

Regardons maintenant à l'autre côté de la question : en Amérique la doctrine de la souve-

que les idées de l'assemblée constituante française sur l'élection des juges et sur quelques autres points aient été adoptées dans presque tous les Etats qui composent les Etats-Unis, mais, ceci a été fait à une époque postérieure à la présidence de Thomas Jefferson. Et même en ce qui regarde le parti démocratique, à partir de 1846 (date de la constitution de New-York), il est fort douteux qu'il ait été beaucoup affecté par ce qui s'était fait en France en 1790 et en 1791.

D'ailleurs quels qu'eussent été les penchants personnels de Jefferson vers les idées françaises, de 1790-1791, et en admettant qu'en tout cela il ait été de bonne foi, un abîme le séparera toujours des français de ce temps; personne n'a vu plus loin et mieux au sujet des garanties qu'il fallait donner aux droits du citoyen que ne l'a fait Jefferson. Il a demandé et obtenu que les amendements constitutionnels qui les garantissent fussent ajoutés à la constitution des Etats-Unis. Thomas Jefferson est un personnage compliqué dont on peut dire beaucoup de bien et beaucoup de mal; il attire par la lucidité remarquable de certains de ses aperçus; il produit souvent un effet contraire par suite de ce qu'il y a chez lui d'ondoyant et, il faut bien le dire, d'un peu tortueux ; mais avec lui il ne faut pas se laisser prendre aux mots, car il a aussi une rare perspicacité qui souvent le décide à faire le contraire de ce qu'il dit.

D'ailleurs voyons-le à l'œuvre : en 1776 il rédige la déclaration d'Indépendance; en 1789, il désapprouve évidemment une partie de la constitution des Etats-Unis; mais il se ravise, il transige, indique nettement les additions qu'il convient d'y faire; ici il a raison sur les fédéralistes,

raineté du peuple devait nécessairement prévaloir du moment que le souverain féodal était déclaré déchu; elle s'est donc produite comme un fait, comme la conséquence inévitable de la révolution qui déplaçait l'organisation précédente; si on a peut-être trop dit qu'à l'origine des Etats-Unis, il n'y avait dans les colonies qu'une société d'égaux, il est certain qu'il ne pouvait pas y avoir d'autre souverain que le peuple. Mais évitons les discussions abstraites; prenons un exemple entre bien d'autres: c'est un fait reconnu que, d'après le droit

puisque tous ses amendements sont adoptés; président des Etats-Unis, élu contre les fédéralistes, malgré des erreurs de jugement, malgré des fautes, malgré le discrédit où il tomba vers la fin de sa seconde administration, il continua sur les points les plus importants une bonne pratique constitutionnelle, celle-là même qu'avait imaginée Washington; il va même plus loin que personne attendu qu'il achète la Louisiane à la France par traité, c'est-à-dire, sans une loi qui l'y autorise; il change donc *sans une loi* les limites territoriales des Etats-Unis; la grandeur du résultat fait taire, il est vrai, les plus justes critiques; mais assurément jamais le parti fédéraliste dirigé par Washington et le parti républicain même au milieu des luttes suprêmes de 1861 à 1865, n'ont pris plus grandes ou aussi grandes libertés avec la constitution que ne l'a fait le chef du parti démocratique.

qui régissait les colonies, les terres royales, c'est-à-dire d'immenses territoires non concédés, appartenaient à la couronne d'Angleterre; dans l'Etat de New-York, et je ne veux citer qu'un seul exemple: certaines concessions avaient été accordées — les traces de ces concessions existent encore; leur histoire remplit les annales de la jurisprudence de l'Etat — mais qu'était la fraction concédée par rapport à la partie qui appartenait à la couronne en 1776? Evidemment, quoique je ne connaisse pas l'existence de statistiques exactes qui permettraient de répondre, elle était peu considérable. Eh bien! que vont devenir ces immenses propriétés auxquelles le roi a perdu titre par le fait même de sa déchéance? Question grave, et que la section XIVème de la loi du 22 octobre 1779 a résolue dans les termes suivants : L'entière propriété de toutes terres, droits fonciers, servitudes ainsi que toutes les redevances, paiements de droits souverains, droits de détraction, par quelques noms que ces droits soient désignés et définis, et tous titres et droits s'y rapportant qui, immédiatement avant le 9 juillet de l'année 1776, appartenaient ou étaient dus à la couronne

d'Angleterre, sont déclarés par cet acte avoir appartenu depuis ledit neuvième jour de juillet 1776 et appartenir dorénavant au peuple de cet Etat, dans lequel la souveraineté et les droits de seigneurie sont et ont été réunis et auquel ils ont été transférés depuis ledit neuvième jour de juillet de l'année de Notre-Seigneur 1776 [1]. »

Voilà donc le nouveau souverain, le successeur du roi féodal, substitué en lieu et place de ce dernier ; il lui succède parce que son droit résulte des événements mêmes qui sont alors en voie de s'accomplir.

Et par une bizarrerie du sort, le peuple souverain de l'Etat trouve dans l'inventaire des biens et propriétés de toutes sortes dont il vient d'hériter, une longue énumération de droits féodaux.

Il ne faut cependant pas croire qu'il se soit hâté de répudier cette partie de l'héritage, loin de là ; l'acte dont ce passage est extrait est de 1779, et ce n'est que huit ans plus tard que le nouveau souverain, alors pleinement en possession de son domaine, abolit les tenures militaires

1. Voir New-York *Revised Statutes* I, *Varick et jones*, p. 44.

et autres redevances d'une nature purement féodale.

Et l'état d'esprit que cet exemple montre, s'est manifesté partout dans les treize colonies. La souveraineté politique, comme les biens, les droits de la couronne, tout se divisa d'abord entre ces treize communautés qui venaient de voter la déchéance du roi d'Angleterre. Je défie de trouver dans toute l'histoire l'avénement d'un souverain dont le titre ait été plus légitime que celui du peuple américain à la souveraineté dont il prenait possession.

Voici donc le souverain nouveau ; voyons-le à l'œuvre.

La déclaration d'indépendance a énoncé le principe que tout pouvoir vient du peuple ; les constitutions d'Etat disent la même chose ; et il ne saurait en être autrement, puisqu'il n'y a plus d'autre pouvoir qui soit en mesure d'y contredire.

Mais ici se placent à l'exercice de cette souveraineté dont les droits sont incontestables, les plus fortes barrières qui aient jamais été élevées.

Plus on réfléchit sur la nature même du

contrat consenti au moyen-âge entre le roi féodal et ses principaux sujets, plus on arrive à conclure que la grande charte et ses confirmations subséquentes ne sont pas tant des concessions de droits abstraits, que la reconnaissance de droits préexistants, de ce que l'on nomme dans la langue courante droits historiques. C'est toujours dans le passé que l'Anglais du moyen âge essaie de retrouver ses titres à l'indépendance et à la liberté personnelle ; il est comme naturellement ramené vers les bois de la Germanie ; et c'est avec ce souvenir dans l'esprit qu'il stipule pour le présent.

On peut à un certain point de vue, comprendre ce singulier et saisissant état d'esprit : le roi féodal normand a opprimé le Saxon, lui a enlevé ses anciennes franchises. Dans la tête dure et dans le cœur obstiné de cet opprimé, ces franchises si chères ont fait une marque ineffaçable, il a en lui comme un ressouvenir des droits dont on l'a privé ; il ressent les effets d'une sorte de déchéance, et veut reconquérir ce qu'il a toujours considéré comme sien.

D'autre part, ce n'est pas un être entier,

intraitable qui veut tout ou rien; il comprend, au contraire, la nécessité des atermoiements, celle des transactions; il attendra donc, s'il le faut ; il saisira ce qu'il pourra obtenir, il le fera sien; et puis s'étant assimilé sa conquête, il se mettra en mouvement pour en faire de nouvelles.

Chacun sait qu'il existe dans la législation royale de la France au moyen-âge une ordonnance où Louis X, dit le Hutin, énonce le principe abstrait de la liberté de tous les hommes ; je doute fort que les Anglo-Saxons du même siècle eussent pris plaisir à cette déclaration générale; ce qu'ils voulaient c'était bien autre chose ; c'était moins d'obtenir l'expression d'un droit abstrait que les applications pratiques de ce droit; ils sont à la recherche du fait et non des principes. Pour s'assurer le jugement par le jury dont leurs pères leur ont transmis la tradition, ils dépenseront de l'argent, ils se battront, s'il le faut ; pour garantir leur liberté individuelle et leurs propriétés, ils ne négligeront rien. Mais s'agit-il de l'énonciation d'un principe abstrait, je ne vois pas dans toute leur histoire, que les Anglo-Saxons aient beaucoup fait ou qu'ils

aient même tenu à se remplir la tête de maximes générales. Leur objet étant tout autre, ils ont employé cinq ou six siècles à soustraire leurs personnes, leurs droits de propriété, leurs droits individuels, y compris ceux de penser, de parler, d'écrire et de se réunir, à toute action, à toute ingérence de la couronne ou du parlement : vers la fin du XVIII[e] siècle, on peut dire qu'ils sont parvenus à faire un départ : à se réserver tous les droits essentiels et à ne laisser au gouvernement du pays que les affaires mêmes du gouvernement.

En ce qui a trait à l'Angleterre, je ne crois pas pouvoir développer davantage ce point ; le lecteur, s'il voulait y pénétrer plus avant, trouverait d'ailleurs tous les éléments nécessaires dans les textes de la jurisprudence anglaise reproduits par M. Broom, dans les « institutes » de lord Coke, dans Blackstone et enfin dans Hallam [1], continué et complété par M. May.

Aux Etats-Unis la séparation entre les droits

1. Pour ceux qui voudraient pousser l'étude plus avant il convient d'indiquer la publication des documents sous le titre de Select Charters etc., par le docteur Stubbs et plus encore la collection des « State trials ».

réservés à l'individu et ceux que le peuple, dans sa souveraineté, délègue aux différents corps politiques qu'il constitue, se fait presque dès l'origine des institutions ; en 1776 dans la Virginie ; puis dans la Pensylvanie, dans le Maryland, et ainsi de suite. Enfin, dès que les onze premiers amendements sont ajoutés à la constitution des Etats-Unis, la formule est trouvée : le peuple souverain a disposé de sa souveraineté en en faisant quatre parts.

1° Certains droits énumérés lui sont réservés ; ils sont inaliénables, imprescriptibles ; malheur à tout pouvoir qui y porterait atteinte : ce sont ces droits mêmes qui font le sujet de la seconde partie de ce volume.

2° Il délègue au gouvernement géneral, à l'institution nationale, certains pouvoirs qu'il marque et définit dans l'acte constitutionnel de 1787.

3° Il délègue à l'Etat certains autres pouvoirs tout aussi marqués et tout aussi définis, quoique d'un caractère plus général et nécessairement plus étendus par leur nature même.

4° Enfin il se réserve à lui-même tous les autres pouvoirs qui n'ont pas été formellement

ou implicitement énoncés dans les trois classes précédentes.

De ces réserves explicites ou implicites de certains droits, de ces délégations de pouvoirs limités, ressort l'idée principale du droit constitutionnel anglo-américain ; c'est l'idée même du contrat entre le sujet et le roi, entre le peuple souverain et les pouvoirs délégués.

On ne saurait trop y insister : le sujet anglais du XIIIe et du XIVe siècles fait en vertu de la grande charte du roi Jean et des chartes subséquentes, un contrat avec le roi féodal ; une fois armé de cet engagement solennel, il en tirera le meilleur parti possible ; il argumentera de chaque mot contenu dans ces textes ; toutes les subtilités, toutes les technicalités lui viendront en aide. Et il en sera de même au XVIIe siècle au sujet de la pétition du droit du temps de Charles Ier et du bill des droits accepté par Guillaume et Marie.

Aux Etats-Unis l'idée même de la révolution est que le roi anglais a violé les termes d'un contrat ou de contrats consentis entre le souverain et ses sujets établis dans les colonies. Et après la révolution, c'est encore cette même

idée d'un engagement bilatéral qui se révèle au fond même de toutes les constitutions, aussi bien de celle des Etats-Unis que de celles des Etats. Et ceci est susceptible d'une démonstration : la constitution des Etats-Unis, telle qu'elle est adoptée à Philadelphie, ne contient pas d'une manière assez explicite des stipulations positives qui réservent au citoyen ses droits individuels ; qu'advient-il ? Le peuple décide que les termes du contrat qui marquent la délimitation des pouvoirs, ne sont pas assez définis pour établir une barrière suffisante autour de ses droits réservés ; pour ces raisons, il refuse de ratifier la constitution, ou il ne la ratifie qu'avec la réserve formelle que des articles suffisamment explicites soient ajoutés après coup.

Si cette manière de voir est maintenant claire, il ne reste plus qu'à déduire les conséquences de ce qui vient d'être dit : en premier lieu, il est évident que les droits du citoyen, tels qu'il se les réservera, sont ceux-là même qui sont énoncés et garantis par le droit coutumier ; et ici on peut rappeler la lettre du fédéraliste où Hamilton s'est efforcé de démontrer

que peu importait que les droits individuels fussent garantis dans la constitution des Etats-Unis, puisque ces mêmes droits faisaient partie du droit traditionnel, du droit coutumier[1].

Ainsi l'objet du contrat écrit dans le droit public, est simplement de mettre à l'abri de toute atteinte ces mêmes droits que le droit coutumier reconnaissait et maintenait : la seule différence d'opinion consistait à disputer sur la question de savoir si ces droits préexistants devaient être écrits dans le contrat constitutionnel ou maintenus seulement dans le droit coutumier. Ici on ne peut douter de la sagesse de ceux qui demandèrent une déclaration irrévocable et solennelle ; en effet les congrès ou les législatures pourraient toujours modifier le droit coutumier, la jurisprudence des cours de justice pourrait aussi les interpréter d'une façon restrictive ; si, au contraire, au-dessus de ces congrès et de ces législatures, au-dessus de ces cours, planait une déclaration solennelle qui contînt ce départ de pouvoirs, alors nul n'aurait qu'à se conformer à ce texte final et à l'appliquer. En d'autres termes, de cette façon, con-

1. Voir lettre nº LXXXIV de Hamilton, *Fœderalist*.

grès, législatures et cours de justice sont liés par un contrat irrévocable, émané du souverain lui-même, et qui est la source même dont dérivent les différents pouvoirs.

Voyons maintenant les conséquences de cet état de choses. Et ici se pose cette question : quel effet cette limite posée à la souveraineté par le souverain lui-même va-t-elle avoir ? On ne saurait guère en apprécier l'importance qu'en se reportant une fois de plus par la pensée à la division principale du droit romain en droit public et en droit privé.

Dans la Rome des empereurs, le droit public existe en dehors et au-dessus de l'individu ; celui-ci n'a aucun moyen légal de se mettre à l'abri contre ce qui sera décidé et ordonné dans la sphère du droit public ; or, supposons que l'Empereur qui a incarné en lui la souveraineté romaine, ordonne, en vertu de cette souverainté, tel acte qui violera les droits d'un citoyen romain ; d'après le droit qui régit l'empire, il n'y a pas, il ne saurait y avoir de remède légal ; donc la souveraineté représentée par l'Empereur, ne saurait rencontrer d'obstacle. Alors le danger est immense comme le

pouvoir lui-même ; la souveraineté du peuple produit en dernier ressort la tyrannie.

On a beaucoup dit que sous cette forme de souveraineté incarnée en un homme, il y a moins à redouter pour le citoyen que quand le pouvoir absolu est exercé directement par le souverain ; qu'un homme est toujours plus sensé, plus modéré que le peuple armé de sa propre souveraineté ; j'avoue ne pas bien comprendre cette prétendue distinction ; un homme est tout aussi sujet aux accès de vertige qu'une assemblée d'hommes ; le vertige prend dans les deux cas un caractère différent ; voilà tout. L'un abusera comme l'autre du pouvoir souverain, s'il a le moyen de le faire ; or, le moyen, c'est celui que lui fournit le droit romain ; qu'il soit déclaré, d'une part, que le maître est omnipotent, que, de l'autre, il soit admis que le citoyen n'a pas de droits contre ce droit, qu'enfin on place dans les mains du pouvoir souverain les agents nécessaires pour assurer l'exécution de ses volontés, alors la souveraineté du peuple aboutit au despotisme de César ou du peuple, et l'un ne vaut pas mieux que l'autre.

Dans le droit anglo-américain, au contraire,

les droits individuels, par un acte même du droit public, ou pour mieux dire en vertu de l'acte le plus solennel qui puisse être consenti, sont soustraits à toute action du pouvoir : ils sont réservés au citoyen, de telle sorte que, du moment où la constitution est adoptée, ils sont entièrement soustraits à l'action variable de la souveraineté collective. D'où ce résultat ; l'individu étant, pour ainsi dire, hors de cause, se sent à l'abri de toute atteinte. Jusqu'à quel point cette protection s'étend-elle? c'est ce que nous montrerons plus loin; en ce moment notre pensée est de marquer quel est son caractère propre. Or si l'individu a retiré, pour ainsi dire, son enjeu de la sphère où s'exercent les pouvoirs émanés de la souveraineté, il doit nécessairement ressentir dans tous ses rapports avec ces pouvoirs les effets bienfaisants de sa propre sécurité.

D'autre part, les pouvoirs ainsi créés sachant bien à quelles conditions ils existent, ne sauraient entretenir des aspirations vers l'omnipotence sans rencontrer à chaque pas des obstacles presque impossibles à franchir.

Regardons maintenant la condition où se

ıve placé le citoyen lui-même au milieu des erses délégations de pouvoirs qu'il a consen- ı.

En premier lieu, comme on l'a vu, il a délé- ş certains pouvoirs au gouvernement na- ıal. Il a fait au gouvernement de l'Etat d'au- s délégations entièrement indépendantes des ımières : de telle sorte qu'il se trouve lui- me en vertu d'un texte solennel de la cons- ıtion (amendement XIVe) et d'une juris- ıdence de date récente, mais maintenant n établie, membre de deux communautés tinctes. Il est d'abord citoyen des Etats- is et presque toujours aussi citoyen d'un t. Les deux qualités ne sont pas corrélati- , mais elles coexistent dans presque tous cas [1]. Voici donc un être humain qui a des its et des devoirs dans deux organisations

Il se peut en effet que le citoyen des Etats-Unis réside .t son domicile dans un territoire des Etats-Unis ou s un district qui soit exclusivement sous leur juridic- . En ce cas, il est citoyen des Etats-Unis, mais il n'est citoyen d'un Etat. D'autre part, depuis l'adoption de ıendement XIVe à la constitution des Etats-Unis, tout ·yen d'un Etat est citoyen des Etats-Unis, et il doit une ble allégeance 1° aux Etats-Unis, 2° à l'Etat. Disposition

parfaitement distinctes, qui se développent, si on peut le dire, sur des lignes parallèles, car elles ne se rencontrent pas; plus encore, les choses sont ainsi arrangées qu'il peut y avoir à peine empiètement d'une organisation sur l'autre.

De cette façon, les délégations de pouvoir faites par la souveraineté, sont elles-mêmes limitées ; mais ce n'est pas tout : il existe un pouvoir suffisant pour maintenir les limites ainsi imposées.

Enfin il ne faut pas oublier que la constitution fédérale interdit aux Etats certains actes, et que cette interdiction est absolue. Ainsi un Etat ne saurait abolir « la forme républicaine de son gouvernement ». De même il ne peut établir des titres de noblesse ; il ne saurait non plus violer les obligations résultant de contrats, ni voter des mesures législatives infligeant à un individu une pénalité quelconque (bill of attainder, and bill of pains) ni adopter des lois pénales ayant un effet rétroactif (ex post facto laws) [1].

d'une importance de premier ordre dans le droit public américain. Ces dispositions constitutionnelles seront expliquées en détail dans un des chapitres suivants.

1. Voir la constitution des Etats-Unis, article 4, section 4, et aussi le Fédéraliste, n° 43.

Qu'on remarque bien aussi que les agents qui relèvent du gouvernement fédéral, comme ceux de l'Etat n'ont que les pouvoirs strictement définis par la loi en vertu de laquelle la fonction a été créée ou définie. Et, par conséquent, qu'à part quelques cas exceptionnels qu'il serait sans intérêt de mentionner ici, du moment que l'un de ces agents sortirait des limites déterminées de ses fonctions et qu'il s'attaquerait aux droits d'un citoyen, voire même d'un habitant, il deviendrait coupable d'un acte qui pourrait donner lieu à une action criminelle contre lui ou tout au moins à une action civile en dommages-intérêts.

De telle sorte que, d'une part, la liberté ayant créé, maintenu et développé partout des forces de résistance ; et de l'autre, le pouvoir ayant été ainsi constitué, divisé et délimité, la tyrannie ne saurait sortir de la souveraineté du peuple sans rencontrer des barrières bien difficiles à franchir.

Et maintenant en quelques mots embrassons l'ensemble du sujet.

1° La souveraineté du peuple est limitée par les contrats constitutionnels mêmes qui réser-

vent à l'individu tous ses droits et vis-à-vis des États-Unis et vis-à-vis de l'État.

2° Les deux délégations de la partie de la souveraineté non réservée au souverain lui-même, qui sont faites aux États-Unis et à l'État, sont indépendantes l'une de l'autre, et ne sont valides que dans les limites mêmes définies par les contrats constitutionnels en vertu desquels elles sont consenties.

3° Enfin le droit coutumier, le droit constitutionnel et la jurisprudence se sont mis d'accord en vue d'assurer au pouvoir judiciaire une compétence suffisante pour faire exécuter les clauses mêmes des contrats constitutionnels, de telle sorte que les pouvoirs délégués soient retenus dans les limites mêmes où ils sont enfermés et qu'ils ne puissent en sortir pour envahir le domaine des droits réservés.

Si nous sommes parvenu à rendre suffisamment claires les idées fondamentales du droit constitutionnel qui régissent la matière, nous avons rendu d'un facile accès presque toutes les questions qui vont être soulevées dans les chapitres suivants.

CHAPITRE VI

A SOUVERAINETÉ DU PEUPLE ET LE POUVOIR LÉGISLATIF

C'est d'abord du parlement d'Angleterre qu'il convient de s'occuper ici : « Le parlement, dit lord Coke, est la plus haute, la plus honorable et la plus absolue cour de judicature d'Angleterre ; elle comprend le roi, les lords du parlement et les communes. En outre les lords sont divisés en deux classes, les lords spirituels et temporels; et les communes sont divisées en trois parts, à savoir en chevaliers des *shires* et des comtés, en citoyens pris dans les cités, et en bourgeois pris dans les bourgs qui, tous, ont leurs voix et suffrages dans le parlement. Des membres de cette cour quelques-uns le sont

par héritage comme les anciens nobles, d'autres par création comme les pairs nouvellement nommés, d'autres par succession comme les évêques, quelques-uns par élection comme les chevaliers, les citoyens et les bourgeois. »

Voilà donc le parlement, comme il était compris et défini par un des plus grands jurisconsultes de la première partie du XVII[e] siècle.

Depuis lors les choses ont fait bien du chemin, et la chambre des communes en est venue peu à peu à représenter plus directement le peuple ; elle a été de plus en plus considérée comme ayant sous sa sauvegarde les intérêts généraux du pays, la protection des droits et des libertés ; de telle sorte qu'il est devenu aussi de plus en plus fréquent dans la langue politique, d'opposer le pouvoir du peuple, représenté par la chambre des communes, au pouvoir des chefs de l'aristocratie établis dans la chambre des lords, et au pouvoir du roi d'origine féodale et absolue. Rien d'étonnant à ce que les choses se soient passées de la sorte. En effet, il est évident que les trois pouvoirs qui forment le suprême corps de judicature désigné sous le nom

1. Lord Coke, *Institutes* ch. IV.

de Parlement, sont d'origines très différentes, qu'ils viennent de points opposés, et que la force même des choses, la volonté persévérante des hommes ont pu seules les enlacer, les faire vivre d'une vie commune. En ce sens, il est bien clair que le peuple devait se rapprocher davantage de ces membres du parlement qu'il élit et qui, à ce titre, représentent ses intérêts et ses droits.

Par exemple, la couronne veut de l'argent, elle exige des hommes et des vaisseaux ; c'est au parlement qu'elle ira les demander, et c'est avec la chambre des communes que la négociation devra s'ouvrir ; d'où la situation faite à la chambre des communes, d'où cette représentation, pour ainsi dire, plus directe des intérêts et des droits du gros de la nation [1]. Toute l'école constitutionnelle de l'Europe continentale est partie de cette idée. Le roi représente, d'après elle, la tradition monarchique, la chambre des pairs ce qui reste encore debout

1. En théorie, les trois pouvoirs sont sans doute égaux. M. May soutient qu'en fait leur autorité est à peu près la même; mais cela serait-il parfaitement vrai, que la chambre des Communes n'en représenterait pas moins le peuple.

de l'aristocratie ; la chambre des députés est l'émanation directe du peuple. Voilà en plus d'un sens, la pensée que M. Royer-Collard a développée en France avec sa singulière puissance de dialectique ; ces idées sont de la sorte devenues des axiomes qui ont survécu aux faits mêmes d'où ils avaient été déduits.

Mais quand de nouvelles révolutions sont venues qui ont renversé les combinaisons produites par le rapprochement d'une institution monarchique, d'une chambre des pairs héréditaire ou même jusqu'à un certain point composée de membres choisis à vie, et d'une chambre élue, nécessairement la théorie politique ne s'est plus trouvée d'accord avec les faits. Alors d'autres idées, celles-là même que nous allons analyser aux Etats-Unis, ont dû germer et se développer ; en ce qui regarde l'Europe, il n'est pas exact de dire qu'elles aient encore atteint un degré suffisant de précision pour devenir l'objet d'une étude approfondie ; aux Etats-Unis elles sont beaucoup plus avancées, et, bien qu'elles n'y aient pas dit encore leur dernier mot, on peut cependant, dès ce moment, en bien marquer la direction et la tendance.

Au lendemain de la déclaration d'indépendance, dans quelle condition se trouvait la souveraineté ? Le pouvoir royal n'existe plus ; le peuple qui est souverain, a pris sa place ; comment va-t-il reconstituer le pouvoir ? Si l'on se rappelle ce qui a déjà été dit sur la condition générale des colonies, sur cette sorte d'égalité de situation où vivent les Anglo-Américains, on peut en arriver à conclure que l'idée presque naturelle qui devait s'imprimer dans l'esprit public, était celle d'une chambre unique représentant ce peuple souverain. C'est si évident, que Benjamin Franklin était en faveur de ce système, et que la Pensylvanie l'adopta d'abord. En 1776, cet Etat décida qu'il y aurait une seule chambre et un président assisté d'un conseil exécutif élu.

Toutefois la Pensylvanie, même à la première heure de l'organisation du pays, fit seule exception à la règle générale ; partout ailleurs la tradition anglaise s'imposa : elle était partie en quelque sorte de l'esprit national ; elle survécut aux faits mêmes qui l'avaient créée dans le passé. Le principe de la division du pouvoir prévalut, aussi bien dans la

Virginie que dans le Maryland ou que dans l'Etat de New-York ; mais nulle part il ne fut étudié peut-être avec autant de soin que dans le Massachussetts ; au moment où cet Etat adopta une constitution, John Adams, entre autres, donna à la question tous ses soins, toute son attention [1] ; ses œuvres publiées contiennent des pages nombreuses qui y sont consacrées. Ainsi les formes anglaises, au lendemain de la révolution [2] reparaissaient avec toute leur ampleur : le pouvoir législatif sera divisé en deux branches ; le pouvoir exécutif sera confié à un gouverneur. Dans le Massachussetts et dans un petit nombre d'Etats, le gouverneur dut être assisté d'un conseil [3].

1. Voir John Adams works passive.

2. Il est à remarquer que dès 1790, la Pensylvanie elle-même, ayant adopté une nouvelle constitution, divisa aussi le pouvoir en trois branches; elle en revint à l'idée anglaise.

3. Deux Etats, le Rhode Island et le Connecticut ne changèrent pas les chartes coloniales qu'ils tenaient de la couronne d'Angleterre. Le Rhode Island est resté, en ce qui regardait son gouvernement intérieur, sous l'empire de ses chartes coloniales jusqu'en 1842. Le Connecticut adopta sa première constitution en 1818 ; il existe dans le Connecticut un document qui jette beaucoup de lumière sur l'Etat des esprits au moment de la révolution américaine : c'est

Ainsi il se fit que la principale idée de la Constitution d'Angleterre survécut aux faits

l'acte adopté en 1776 sous le titre de *constitution* de l'Etat du Connecticut; en voici un extrait:

« Le peuple de cet Etat étant par la providence de Dieu, libre et indépendant, a le droit exclusif de se gouverner lui-même en tant qu'Etat libre, souverain et indépendant; comme il a reçu de ses ancêtres une constitution libre et excellente, en vertu de laquelle la Législature est choisie annuellement par une élection libre du peuple; comme il a les meilleures garanties pour le maintien de ses droits et de ses libertés civiles et religieuses, il est ordonné par le gouverneur, le conseil et la chambre des Représentants assemblés en cour plénière:

Paragraphe Ier: L'ancienne forme de Gouvernement civil, contenue dans la charte de Charles II, roi d'Angleterre, et adoptée par les citoyens de cet Etat, sera et continuera à être la constitution de cet Etat, sous l'autorité souveraine du peuple indépendant de tout roi ou de tout prince.

Les paragraphes II et IV contiennent une déclaration formelle des droits individuels; ils sont à peu près identiques à ceux qui sont énumérés dans les nouvelles constitutions de cette même année (Voir Charters and constitutions, vol. I, pp. 257-258). Cet état de choses continua dans le Connecticut jusqu'en 1818, époque où l'Etat adopta une nouvelle constitution.

L'idée est ici parfaitement claire; le Connecticut a joui depuis Charles II d'un gouvernement libre, formé d'un pouvoir exécutif et de deux chambres; le droit commun lui a assuré la jouissance de tous les droits du citoyen. On put donc passer sous le régime de la souveraineté du

sociaux d'où elle était sortie; et bien qu'il n'y eut plus de roi d'origine féodale, plus d'aristocratie héréditaire, il n'en resta pas moins nécessaire de diviser dans une démocratie le pouvoir législatif en deux chambres, et d'y maintenir un pouvoir exécutif indépendant : de cette façon, la forme anglaise fut conservée, et le pouvoir resta divisé, alors même que les divisions devenaient nécessairement artificielles.

Et ici, on doit le dire en passant, il est impossible de ne pas remarquer l'influence qu'exerça « l'esprit des lois » ; sans doute Montesquieu ne dicta aucune de ces résolutions si importantes, mais son autorité n'en fut pas moins invoquée sans cesse par beaucoup de ceux qui les ont préparées. C'est, à mon sens, une des plus pures gloires de la pensée française d'avoir au moins expliqué à d'autres peuples ces

peuple sans modifier la charte de Charles II; seulement comme le droit commun pouvait être amendé par acte législatif, vu qu'il n'était pas formellement mentionné dans la charte de Charles II, il fut entendu que les droits individuels seraient réservés par mesure constitutionnelle.

Les exemples du Rhode Island et du Connecticut montrent bien comment se fit, sans aucune violence, la transition du régime anglais à celui du gouvernement émané de la souveraineté du peuple.

mêmes doctrines qu'elle allait follement refuser d'appliquer aux institutions nées en France du mouvement de 1798.

En 1787, quand la convention qui a adopté la constitution des Etats-Unis, se réunit à Philadelphie, le principe même de la division du pouvoir en trois branches s'était enraciné ; la pensée qui avait si bien inspiré les Etats, s'était fixée d'avance dans l'esprit public ; elle prévalut donc naturellement dans la convention ; de telle sorte que la forme anglaise entra d'une façon définitive dans le système politique américain.

Mais encore une fois, ici la forme ne correspondait plus au fond. Le pouvoir était divisé parce qu'il l'était en Angleterre, et parce que les habitudes de l'esprit anglo-américain les préparaient à cette division ; mais le fond des choses était changé : la chambre basse ne représentait pas plus le peuple que ne le faisaient le président des Etats-Unis et le sénat lui-même.

Et cependant qu'on juge ici de la force des habitudes de l'esprit ! Thomas Jefferson et son école ont toujours vu dans la chambre basse la vraie expression de la volonté populaire. Cela se dit encore au moment actuel ; et on

voit si souvent dans l'histoire des institutions humaines les formes y survivre au fond, que cette sorte d'aphorisme se répétera probablement bien longtemps encore.

Quand je dis que les faits sociaux d'où était sorti en Angleterre le système anglais n'existaient plus aux Etats-Unis, et que la division anglaise des pouvoirs n'y avait plus la même raison d'être, je ne présente qu'un des côtés de la question ; il en est un second tout aussi important. En effet non seulement le roi féodal, l'aristocratie anglaise, les comtés, les villes et les bourgs ont disparu ou n'ont plus le même rôle à jouer ; mais un pouvoir nouveau a pris la place de ces institutions ; c'est la souveraineté du peuple dont il s'agit.

« Tout pouvoir appartient au peuple, et conséquemment, tout pouvoir vient de lui, dit la déclaration des droits de la Virginie en 1776. La formule varie beaucoup depuis lors jusqu'à nos jours ; mais le fond de l'idée est le même, le principe reste invariable. Aussi le peuple peut faire des délégations diverses de sa souveraineté, il peut en consentir certaines à titre perpétuel et irrévocable, d'autres à titre temporaire

et révocable, il peut se réserver certains pouvoirs qu'il ne délègue pas, il peut enfin s'interdire d'en déléguer d'autres; mais au fond toute autorité vient de lui.

Eh bien! s'il en est ainsi, et cette doctrine constitutionnelle ne saurait être un instant mise en doute, reste à voir si ce grand principe qui est ici l'expression d'un fait aussi nettement reconnaissable que ceux dont sont sortis les trois pouvoirs de la constitution d'Angleterre, peut s'accommoder d'une manière permanente des formes constitutionnelles anglaises, et, s'il doit arriver à les modifier, en quoi et comment le fera-t-il?

En premier lieu, il est bien clair que le peuple élisant tous les pouvoirs souverains, cette idée tout anglaise que le pouvoir législatif représente le peuple contre les empiètements du pouvoir exécutif, ne saurait se maintenir aux Etats-Unis d'une manière permanente.

Ce qui est exact dans l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis, c'est que, suivant les temps, suivant les questions débattues, suivant aussi l'importance des hommes qui se sont trouvés en présence, tantôt le pouvoir législatif

et tantôt le pouvoir exécutif ont représenté la pensée du peuple; ceci est encore exact quand on compare l'histoire du sénat des Etats-Unis et celle de la chambre des représentants des Etats-Unis. Il y a dans les jugements fort absolus qu'on a rendus en Europe sur ces deux branches du pouvoir législatif, bien des critiques peu fondées. La chambre des représentant a souvent joué un rôle prépondérant; elle a parfois eu ses heures de pouvoir dominant. Qu'on regarde d'un peu près à son histoire, aux hommes qui y ont joué un rôle de premier ordre, et on sera peut-être amené à casser presque tous ces jugements rendus souvent fort à la légère. Les hommes qui connaissent la politique américaine, ceux-là même qui représentent à Washington la presse des Etats-Unis, et qui ont à rendre compte au pays heure par heure de ce qui se passe dans les deux chambres du congrès, sont rarement attentifs aux débats du sénat ; c'est la plupart du temps à ceux de la chambre des représentants qu'ils s'attachent. C'est là que sont le plus souvent et la vie et le mouvement [1].

1. Quand j'ai commencé à me rendre compte des détails.

Mais ce n'est pas autant sur les formes en apparence immobiles de la constitution fédérale que se peuvent bien marquer les effets du principe de la souveraineté du peuple; ici il faut regarder avec une attention particulière aux constitutions des Etats.

C'est dans ces constitutions, ou au moins dans quelques-unes de celles qui représentent le mieux la pensée générale, que l'idée de la souveraineté du peuple s'affirme théoriquement d'abord, et puis développe ses principes avec une remarquable persistance.

Dès la première période de l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis, l'affirmation générale du principe de la souveraineté du peuple

de la machine législative des Etats-Unis, je me souvenais nécessairement de l'opinion émise par M. de Tocqueville sur la chambre des représentants ; je suivais donc les débats du sénat ; mais je ne fus pas longtemps à m'apercevoir que je faisais fausse route, et je pris l'habitude d'assister presque chaque jour aux séances de la chambre ; c'était pendant les deux sessions du 39me congrès que j'ai fait ce travail ; et, avant de le terminer, j'étais arrivé à conclure que la chambre des Représentants avait au moins sa part légitime de pouvoir dans le gouvernement, et que, dans la plupart des cas, elle en faisait bon usage. Mais je reviendrai en temps et lieu sur cette question et je donnerai mes preuves.

est nécessairement au fond de toutes les constitutions d'Etat, et il ne saurait en être autrement par les raisons mêmes que nous avons déjà données. Toutefois elle prend déjà çà et là une forme plus précise : « Le droit du peuple, est-il dit par exemple, à participer à la législature, est la meilleure garantie de la liberté et le fondement de tout gouvernement libre; dans ce but, les élections doivent être libres et fréquentes[1]. » Dans cette première phase de l'histoire constitutionnelle, les législatures sont toujours composées de deux branches; chacune d'elles est élue pour une période différente, et, souvent, par un électorat différent; la chambre, appelée aussi l'assemblée, l'est pour un an, plus souvent pour deux ans, le sénat pour deux ans ou pour plus longtemps. La période pour laquelle le gouverneur est choisi est aussi assez étendue[2], et ses pouvoirs sont considérables. Il a toujours le droit de véto; c'est lui qui, en général, nomme les membres du corps judiciaire.

1. Maryland, 1776, déclaration des droits, section V.

2. Il y a cependant des exceptions considérables ; depuis 1780, le Massachussetts, par exemple, a élu son gouverneur chaque année.

Enfin il n'est presque pas question de faire élire par le peuple les autres fonctionnaires de l'Etat (secrétaires d'Etat, procureurs généraux, contrôleurs, etc.)

En réalité, dans cette première période, et malgré quelques exceptions, il est vrai de dire que le gouvernement composé d'une législature et d'un pouvoir exécutif, émane de l'élection, mais qu'il en émane seul. Le pouvoir judiciaire n'en sort pas, les autres fonctionnaires de l'Etat n'en sortent pas non plus.

Mais le temps marche; le parti démocratique entend tirer les conséquences de la doctrine de la souveraineté du peuple; alors les élections législatives deviennent plus fréquentes, la durée des fonctions du gouverneur est raccourcie, son pouvoir souvent diminué; les juges deviennent électifs; les fonctionnaires principaux de l'Etat le deviennent aussi. Ceci marque la période qui s'ouvre lors de l'accession au pouvoir du parti démocratique au commencement de ce siècle, qui atteint son apogée entre 1840 et 1855, et qui se termine à l'avénement du parti républicain vers 1861.

A mon sens, deux constitutions peuvent être

regardées comme les modèles à peu près complets de cette période : celle de l'Etat de New-York qui porte la date de 1846, et celle de l'Ohio adoptée en 1850. Ce qui vient d'être dit fait comprendre ce qu'est la constitution de New-York ; celle de l'Ohio mérite une mention spéciale ; allant plus loin que celle de New-York, elle a enlevé au gouverneur jusqu'au droit de véto ; celui-ci doit faire exécuter les lois, mais il ne participe plus au pouvoir législatif ; dans les deux constitutions les juges sont élus pour une période de six et de huit ans, et tous les fonctionnaires principaux le sont pour un temps très court.

Il ne faut pas être trop sévère dans le jugement à porter sur cette époque, ni sur ces formes constitutionnelles. Celui qui se laisserait aller à la critique sans réserves, serait contredit par les résultats que l'idée démocratique a produits. C'est pendant cette période d'environ soixante ans, il ne faut pas l'oublier, que les Etats-Unis se sont vraiment constitués ; c'est sous cette politique du laisser faire, de l'application aux faits du principe de la souveraineté du peuple, que la population s'est développée,

que les Etats se sont créés, que l'esprit public s'est vraiment constitué. Le gouvernement de l'Etat était très faible, le pouvoir judiciaire n'offrait guère de point de résistance dans ces changements continuels de personnes qu'il subissait sans cesse, et dont il devait naturellement souffrir; mais les droits individuels étaient proclamés bien haut, et la tradition anglaise, à l'ombre de laquelle ils s'étaient fait reconnaître, était maintenue : les déclarations des droits de toute cette époque en sont des témoins irrécusables.

Il y eut donc, encore une fois, beaucoup de très bonnes choses dans cette période démocratique; ce qui devait y mettre un terme, c'était la faiblesse de l'idée même qui était au fond de tout. Avoir confiance dans le peuple est sans doute chose vraie en principe général; le peuple désire faire le bien; rarement, jamais même, si on le veut, la majorité n'entend faire le mal. Mais la fréquence des élections ne rapproche pas l'élu du peuple, comme on l'a dit ; au contraire, elle l'en éloigne nécessairement ; de telle sorte que, plus les élections se multiplient, moins les élus représentent la majorité.

Ceci peut sembler étrange, et cependant rien

n'est plus vrai : le peuple n'est pas un être abstrait ; c'est un composé d'êtres humains, juxtaposés, mais qui n'en ont pas moins les plus grands intérêts en commun ; ils forment ce corps de citoyens qui, se rattachant au passé par la tradition des ancêtres, ont reçu d'eux un grand héritage qu'il est de leur devoir d'agrandir encore afin de le transmettre à leur tour dans de meilleures conditions à ceux qui viendront après eux ; pour employer un mot peu français, ils sont liés au passé et à l'avenir par les attaches d'une indestructible solidarité, ou, pour parler la langue chrétienne qui exprime autrement bien cette même idée, il existe dans chaque peuple une union des âmes qui depuis l'origine de la nation jusqu'à sa dernière décadence en fait un grand tout.

Mais si ces citoyens sont prêts, dans les moments de péril, à sacrifier leurs biens et leurs vies pour la défense de la patrie ; si, de temps à autre, ils s'arrachent spontanément aux occupations qui remplissent leur existence, à leurs plaisirs mêmes, si l'on veut, pour donner quelque temps aux soins de la chose publique, on ne peut pas cependant compter qu'une nation

de cinquante, de soixante ou de soixante-dix millions d'êtres humains, interrompe la marche de ses affaires une fois ou deux par an pour discuter les questions de politique électorale, pour s'enrégimenter, d'abord en vue d'une élection et puis en vue d'une autre, et ainsi de suite, au printemps et à l'automne. Par conséquent, il se formera nécessairement au sein d'une société pareille deux catégories d'hommes : l'une qui fera de la politique sa propre chose, son affaire presque constante, et l'autre qui ne s'occupera guère de ce que fera la première.

Ceci est dans la nature même des choses : d'où ce résultat forcé, que la fréquence même des élections, la multiplicité des fonctions électives, enfin le système démocratique presque pur de la constitution de New-York et de celle de l'Ohio, amènera la division dont il vient d'être parlé entre la classe politique et le gros des citoyens. Et quelle conséquence aura cette division ? ici les faits les mieux établis vont nous le dire : le pouvoir législatif se composera des élus de la classe politique, les autres fonctionnaires en sortiront aussi.

Que Dieu me garde de répéter ici les injus-

tices dont on accable trop souvent ceux qu'on nomme avec dédain les politiciens; il y a des politiciens qui deviendront un jour des hommes d'Etat distingués et parfois de grands hommes; il y en a beaucoup qui ont acquis peu à peu et honnêtement une expérience précieuse des affaires et des hommes : ceux qui ont eu affaire à eux, et qui n'ont pas cru sur parole les mauvais propos dont ils sont l'objet, rendront témoignage en faveur de ce que je dis; c'est à ceux-là que j'en appelle des jugements erronés ou portés à la légère qui semblent avoir été prononcés contre les politiciens. Et ici je demande à ceux qui ont traité des affaires avec les hommes importants de leur Etat ou du congrès des Etats-Unis, combien ils en ont trouvé qui avaient été séduits par des promesses ou gagnés avec de l'argent. Il y aurait d'ailleurs une manière bien simple d'en finir avec ces accusations : qu'on prenne la liste des vingt ou des vingt-cinq sénateurs des Etats-Unis qui conduisent et gouvernent cette grande assemblée; qu'on se renseigne minutieusement sur chacun d'eux, sur leurs antécédents, sur leurs moyens d'existence; alors on pourra porter un jugement. Et moi qui ai fait maintes

et maintes fois ce travail, je l'ai porté depuis longtemps ce jugement : c'est un acquittement sans réserve. Et de même de la chambre des représentants, et de même des hauts fonctionnaires fédéraux. S'il y a eu quelques scandales dans un pays d'implacable publicité, les enquêtes qu'ils ont provoquées n'ont-elles pas fait ressortir, dans la plupart des cas, la parfaite honnêteté du corps ?

Et si ce que je viens de dire du gouvernement des Etats-Unis est vrai, il en est à tout prendre de même de chacun des Etats. Il y a partout des *leaders*, des conducteurs d'hommes dont la réputation est à l'abri de toute critique. Toutefois il faut ici tenir compte de la masse des élus; or le nombre même de ces élus multiplie les chances de mauvais choix, et, quand à cela se joignent les dangers d'immenses tentations, il doit nécessairement se produire sur différents points des faits regrettables.

Et ici nous touchons au plus grave danger du système des élections trop fréquentes ; c'est l'irresponsabilité presque complète de l'élu. D'abord, comme il ressort de ce qui vient d'être dit, que l'immense majorité des citoyens

vaquent à leurs affaires, parmi tous ces hommes occupés, combien en est-il qui puissent suivre avec attention ce que fait le membre de la législature de l'Etat élu dans leurs districts? Une grande majorité des électeurs n'en sait rien ni n'en peut rien savoir. Mais, même en admettant qu'un citoyen le sache, quel moyen pratique a-t-il de s'en prendre à lui? Sans doute, à la rigueur, il peut se plaindre par la voie de la presse; mais il a presque toujours d'autres préoccupations, et il n'aime pas d'autre part, à se mettre en avant d'une manière bruyante. Il peut sans doute adresser une pétition à l'assemblée même. Mais avant qu'elle eût examiné la plainte, la session serait terminée et les pouvoirs du mandataire incriminé auraient expiré. Par conséquent, ou le citoyen ignore, ou il ferme les yeux pour ne pas s'engager dans la lutte, ou le représentant accusé rentre trop tôt dans la vie privée pour qu'il puisse être atteint.

Aussi, en ce qui regarde le pouvoir législatif, cet abus même des élections, cette extension même des attributions des corps élus, devaient-ils contribuer à mettre à néant la vieille formule anglaise d'après laquelle il était admis que le

pouvoir législatif représente le peuple. Oui, en Angleterre il a représenté le peuple contre le pouvoir féodal du roi, mais aux Etats-Unis contre qui représente-t-il le peuple? Serait-ce contre la souveraineté du peuple, par hasard? Ceci est absurde à supposer.

Il faut bien ajouter aussi, pour être complet, que certains grands scandales ont hâté le moment qui devait venir tôt ou tard. Mais ces grands scandales qui ont uni un instant les meilleurs d'entre les citoyens de New-York, et qui ont précipité la réaction contre les excès du système démocratique, ne sont pas la vraie ou au moins la seule cause du changement qui s'est opéré dans les esprits. Au fond dans les pays où le peuple est seul souverain, le pouvoir législatif n'est plus destiné au rôle de tribun du peuple qu'il a rempli avec tant de succès en Angleterre ; il représente sans doute le peuple en ce sens qu'il vote les impôts, et qu'il fait les lois nécessaires ; mais il ne représente pas ce même peuple contre les principes royaux et féodaux qui n'existent plus.

Et, pour le dire en passant, partout où la souveraineté du peuple existe explicitement ou

même implicitement, le même phénomène se produit ou se produira. On pourrait concevoir en Russie, en Allemagne des assemblées représtant encore le peuple et soutenues par le peuple dans l'ancien sens du mot. On n'en peut plus concevoir en France; et que dirions-nous même au sujet de cette grande assemblée des communes d'Angleterre, si nous entendions presser la question ?

Et nous entrons ici tout naturellement dans la période de réaction qui est fort dessinée aux Etats-Unis. Mais, pour bien comprendre le sens des faits qui se produisent, revenons-en au moment où le parti démocratique, ayant atteint l'apogée de son pouvoir, a rédigé la constitution de New-York. Ce document, si important dans l'histoire constitutionnelle du pays, contient déjà une idée que n'auraient pas conçue les rédacteurs des constitutions de la première époque : il ne s'agit plus seulement dans la constitution de New-York, de faire le départ des droits réservés au citoyen ou à l'individu, que le pouvoir législatif ne saurait atteindre ; il s'agit de bien autre chose : aux termes de cette constitution, le pouvoir législatif ne

saurait légiférer sur certains sujets. La constitution qui restreint son domaine, règle d'une façon définitive diverses matières de législation. En d'autres termes, le pouvoir constituant, c'est-à-dire le peuple, dispose une fois pour toutes, et par mesures constitutionnelles, c'est-à-dire immuables, de certaines questions qui par leur essence même, sont du ressort naturel du pouvoir législatif[1]. Presque à la même date, l'État d'Indiana ouvre une autre voie; la constitution qu'il adopta en 1851, énumère vingt-six catégories de sujets qui ne sauraient être traités par le pouvoir législatif[2]. C'est en grande partie son ancienne juridiction sur des matières spéciales qui lui est enlevée par le pouvoir souverain du peuple.

Mais jusqu'ici nous n'avons encore que des essais, presque des tâtonnements; la pensée que le peuple, dans l'exercice de sa souveraineté, va limiter les attributions du pouvoir législatif est à peine indiquée; et, d'autre part, la réaction

1. Voir les articles VII et VIII de la constitution de New-York, (*Charters and Constitutions*, vol. II, pp. 1361-1363.)

2. Constitution d'Indiana, art. IV, Sect. 32, aussi art. XI, *Charters and Constitutions*, vol. I, p. 517 et p. 523.

contre la pensée qu'il représente plus spécialement la nation, ne s'est pas encore bien développée.

Toutefois ces idées ne tardent pas à se dégager; on les trouve dans la constitution d'Illinois de 1870, dans celle de la Pensylvanie de 1873, et dans les amendements à la constitution de New-York de 1874. Depuis, le mouvement, déjà bien indiqué dans ces trois constitutions, n'a fait que s'accentuer; la constitution du Colorado et celles des Etats du Dakota méridional, du Dakota septentrional, du Montana et de Washington qui viennent d'être admis dans l'Union, ont tiré des conséquences encore plus extrêmes. Mais si même les constitutions que nous venons de mentionner ont frayé la route, et nous montrent mieux la direction nouvelle des esprits, le dernier mot n'est pas encore dit.

Dans la constitution adoptée par l'Etat d'Illinois en 1870, le gouverneur qui précédemment était élu pour une période de quatre ans, restera en fonction pendant le même temps ; toutefois, d'après la constitution précédente (celle de 1848), il n'avait qu'un droit de véto limité comme suit : il pouvait renvoyer aux

chambres, avec ses objections, la mesure à laquelle il s'opposait, mais une simple majorité suffisait à maintenir cette mesure malgré le véto, à condition que le vote des deux chambres fût nominatif; en 1870, au contraire, il est décidé que les deux tiers des voix de chaque assemblée sont requis pour l'adoption d'une loi malgré les objections du gouverneur : c'est la disposition de la constitution fédérale et celle des premières constitutions d'Etat qui est adoptée[1].

L'élection des juges n'est l'objet d'aucun changement. Ceux de la plus haute cour étaient élus précédemment pour neuf ans, ils continueront à l'être pour le même temps. Mais où l'esprit nouveau perce, c'est dans le chapitre qui traite du pouvoir législatif; le peuple souverain réuni en convention, s'est préoccupé de diminuer, de limiter les pouvoirs du corps législatif, et la constitution contient une longue énumération de ce qu'il lui est interdit de faire. Elle énumère, comme l'avait fait celle d'Indiana, vingt-six classes de sujets qui ne sau-

1. Charters and constitutions, chacune des constitutions dont il va être parlé est imprimée dans cet important recueil.

raient être traités par le pouvoir législatif. Mais elle va plus loin ; elle ordonne que toutes les fois qu'une matière deviendra l'objet d'une loi d'intérêt général, elle ne saurait faire ultérieurement le sujet d'une mesure spéciale. Parmi les exclusions ainsi prononcées sont comprises toutes concessions à faire aux compagnies industrielles ou commerciales.

En 1873, la Pensylvanie va beaucoup plus loin encore. Sous l'empire de la constitution précédente (1838), le gouverneur de l'Etat était élu pour trois ans ; en 1873 la durée de ses fonctions est étendue d'un an ; il est donc maintenant élu pour quatre ans. En ce qui regarde le pouvoir judiciaire, une extension remarquable est adoptée sur la durée des fonctions du magistrat. Aux termes d'un amendement constitutionnel voté en 1850, les juges de la cour suprême de l'Etat étaient élus pour quinze ans ; en 1873 il est décidé que la durée de leurs fonctions sera de vingt et un ans ; en même temps, pour la première fois, il est déclaré que les juges ne seront pas rééligibles. Une prolongation proportionnelle a lieu pour les cours inférieures. Mais laissons celles-ci de côté. Qui peut douter

de la situation d'indépendance d'un juge de la cour suprême élu pour vingt et un ans, qui ne peut être avancé, ni déplacé et qui ne saurait aspirer à une réélection ? Sans doute on peut regretter même cette limitation de la fonction à vingt et un ans, quand on la compare à la magistrature à vie des juges de la cour suprême des Etats-Unis ou de ceux du Massachussets ; mais, d'autre part, on trouve dans une période de vingt et un ans un élément de véritable stabilité.

Si le gouverneur et les juges de la Pensylvanie ont gagné à l'adoption de la constitution de 1873, on ne saurait en dire autant du pouvoir législatif auquel le pouvoir souverain du peuple a pris soin de bien marquer des limites sans lui cacher en rien qu'il était quelque peu tenu en suspicion. D'abord vingt-six sujets de législation lui sont interdits, comme dans la constitution d'Indiana et dans celle d'Illinois ; puis d'autres prescriptions sont insérées en vue de mettre le pouvoir législatif dans l'impossibilité de se mêler de bon nombre d'affaires importantes ; il n'y a pas à entrer ici dans les détails de cette longue suite de précautions mi-

nutieuses[1]; il suffit simplement de faire observer que le pouvoir constituant les édicte parce qu'il est fort en garde contre les dangers que des tentations diverses peuvent faire courir au législateur.

La Pensylvanie a moins été sous l'empire des idées démocratiques que ne l'a été New-York; la constitution de New-York en 1846 a pu être citée même comme le type à peu près complet du système préconisé par un grand parti. Nous y trouvons un gouverneur élu tous les deux ans, une chambre basse, (assemblée) élue tous les ans, un sénat élu tous les deux ans, enfin nous remarquons quelques restrictions à l'étendue des attributions législatives dont le pouvoir constituant a disposé. En même temps la constitution de New-York a créé un pouvoir judiciaire reposant principalement sur une cour suprême composée de juges élus pour huit ans; enfin, comme nous l'avons déjà dit, les principaux fonctionnaires de l'Etat sont électifs. On

1. Il peut être fort intéressant pour ceux qui étudient ces sortes de questions de pénétrer dans les détails; aussi nous les référerons particulièrement aux sections 5-33 de l'article III; voir Charters and constitutions, vol. II, pp. 1574-77.

le voit, le système est presque complet ; il eût plu dans son ensemble et dans beaucoup de ses parties aux créateurs mêmes des principes politiques qui prévalurent dans la constituante française de 1789. Eh bien! qu'est-il advenu? Après une vingtaine d'années de pratique, d'épouvantables scandales se révèlent tout à coup. La magistrature, dans une de ses parties presque vitales, et le pouvoir législatif, par quelques-uns de ses actes, en sont responsables ou au moins y sont gravement compromis; aux yeux de l'observateur, ces événements qui ont ébranlé un moment l'opinion entière, n'étaient qu'un incident de la situation créée par les institutions constitutionnelles; aussi l'occasion était bonne; on se mit à l'œuvre; et, sans être changée, la constitution de 1846 fut considérablement amendée. D'abord le gouverneur gagne à ces changements : élu pour deux ans aux termes de la constitution de 1846, il le sera maintenant pour trois; il a naturellement gardé le pouvoir de véto. Pour adopter une mesure malgré ce véto, il faut le vote des deux tiers de chacune des chambres ; ce gouverneur sera investi d'un autre pouvoir législatif qui, cette fois, est nouveau : aucune

mesure votée par les deux chambres ne deviendra loi après leur ajournement, à moins que le gouverneur ne l'approuve dans les trente jours qui suivront cet ajournement. (Amendements, article IV, section IXème[1].) Ainsi, pendant les dix derniers jours de la session, moment où la plupart des mesures sont adoptées après avoir passé jusque-là par les diverses épreuves du travail législatif, une mesure est présentée au gouverneur; celui-ci la tient en réserve, si bon lui semble; et, après l'ajournement de la législature, il a trente jours de plus pour l'approuver ou pour la supprimer. Il a encore d'autres pouvoirs au sujet des mesures budgétaires. On les trouvera définis dans la même section; mais il serait difficile de les analyser ici sans entrer dans des explications longues et techniques. Et enfin, pour bien marquer en quelle haute estime ce gouverneur doit être tenu, la constitution lui assure un traitement de dix mille dollars (cinquante mille francs) et une résidence « convenablement meublée ». En d'autres termes, et par le fond de

1. Voir Charters and constitutions, vol. II, pp. 1375-76.

autorité, et par la position qui lui est faite, ıef du pouvoir exécutif de New-York est ›nu un personnage de premier ordre.

u pouvoir judiciaire il n'est pas question ; ces amendements, parce que, dès 1869, mendement avait été proposé et adopté, en u duquel la durée des fonctions des juges ı cour suprême avait été portée de huit à orze ans[1]. D'autre part, le pouvoir légis- est encore traité en suspect; mêmes res- ions à peu près que celles dont nous avons é au sujet de l'Illinois et de la Pensylva- sont imposées à son autorité et d'autres y encore ajoutées; mais passons, faute de pou- dire en peu de mots ce que sont ces pro- :ions. Il suffit d'ailleurs de remarquer que, ɔe sujet, le mouvement est donné et que les titutions plus récentes l'ont suivi. Qu'on ·e, par exemple, celle du Colorado de 1876; ıes restrictions au pouvoir législatif; on ·rait même, par une analyse un peu détail-

›ans ce même amendement de 1869, la question de la ıation des juges par le gouverneur ou de leur élection umise au peuple; le vote fut de 160,725 voix pour la ıation et de 319,660 pour l'élection. Voir Charters and tutions, vol. II, pp. 1368-1373.

lée, montrer qu'elles sont encore aggravées.

Enfin il importe ici de mentionner la constitution du Missouri de 1876. Dans l'article est inséré un sous-titre sur les restrictions pouvoir législatif. En voici les clauses :

1° Toute somme reçue par l'Etat, de quelque source qu'elle vienne, doit être versée au trésor. C'est seulement par voie d'allocation budgétaire qu'elle peut être soumise à l'action du pouvoir législatif. La constitution prescrit en termes formels l'ordre dans lequel les articles du budget doivent être votés.

2° La législature ne contractera ni n'autorisera aucune dette ou obligation, sauf dans quelques cas exceptionnels que la constitution énumère.

3° Aucune institution, ou « corporation », aucune municipalité, aucun individu ne recevra de la législature le pouvoir de faire usage du crédit de l'Etat sous la forme de garantie, d'avances ou de concession.

4° La législature n'a pas non plus le pouvoir de conférer à un comté, « township », ville ou autre « corporation politique », la faculté de faire des concessions ou d'accorder des ga-

ranties de la nature de celles qu'elle ne peut faire elle-même.

5° Elle ne saurait non plus autoriser des souscriptions à des actions au nom de l'Etat [1].

Ceci ne dit pas tout ce qui est contenu dans ces sections; mais c'en est assez pour le moment.

D'autre part, je ne crois pas qu'il faille attacher beaucoup d'importance, en ce qui regarde le sujet que j'examine ici, au fait que, dans beaucoup d'Etats connus sous le nom d'Etats de l'ouest, les sessions de la législature sont seulement biennales. Voici pourquoi : en premier lieu, cette disposition remonte loin dans le passé. Le Missouri l'avait adoptée dès 1820 [2], l'Ohio en 1851 [3], l'Indiana la même année [4], le Michigan en 1850 [5]; sans multiplier les exemples, ceux-ci suffisent à prouver que l'on s'est simplement inspiré des convenances de l'Etat; on

1. Article IV, sections 43-56. Voir Charters and Constitutions, vol. II, pp. 1173-76.

2. Constitution de 1820 art. III Sect. 33, Charters and Constitutions, vol. II, p. 1103.

3. Constitution de 1851, article II, Sect. 25, ibid.

4. Constitution de 1851, article IV, Sect. 9, ibid.

5. Constitution de 1890, article IV, Sect. 33, ibid.

ne saurait attribuer une autre pensée aux constituants de cette époque où la doctrine que le pouvoir législatif représentait le peuple, était enseignée presque partout, et n'était presque nulle part contestée.

Et maintenant nous pouvons examiner avec quelque profit, de quelle manière le pouvoir constituant en vient à se substituer, en partie au moins, au pouvoir législatif, et légifère en son lieu et place ; en d'autres termes, nous sommes mieux en mesure de comprendre de quelle façon le peuple, en faisant usage de ses droits, établit un pouvoir législatif restreint, et fonde d'autre part des règles fixes destinées à être appliquées pendant tout le temps que durera la constitution qu'il adopte.

Il ne saurait être contesté qu'une société qui progresse, qui se meut dans toutes les directions, voit de temps à autre naître des besoins nouveaux qui ne sauraient être satisfaits que par l'action des pouvoirs souverains. Il faut donc une autorité qui y pourvoie et qui les règle ; il faut donc aussi, dans tous les cas, qu'il se produise des combinaisons qui répondent à ces besoins inhérents à toute société civili-

sée et en progrès. Si on s'était contenté de dire au pouvoir législatif: il vous sera interdit, par exemple, de créer par voie de concession, telle compagnie de chemin de fer ou de bateaux à vapeur; au lieu d'accorder une charte, vous voterez une loi générale qui s'appliquera à toutes les sociétés qui entendront se constituer; ou si on lui avait dit encore : vous ne voterez plus d'allocation pour satisfaire à une réclamation contre l'Etat ; vous devrez constituer une sorte de tribunal quasi-judiciaire qui, en dehors de vous, décidera de la validité de cette réclamation et vous fera un rapport sur lequel vous pourrez voter la somme due, il faut en convenir ces simples précautions seraient peu efficaces. C'est ce qu'a compris l'esprit nouveau. Aussi quelle est la tendance qu'il montre? c'est de transférer une partie importante du pouvoir législatif au souverain constituant lui-même. Il est impossible de lire avec attention la constitution de 1846 et de la comparer aux amendements constitutionnels adoptés à New-York en 1874, sans y discerner l'empiètement évident, si on pouvait se servir de ce mot, du pouvoir constituant sur le terrain que l'on avait

jusqu'alors regardé comme réservé à l'action législative.

La section II de l'article II des amendements contient tout un ensemble de dispositions pénales sur toute manœuvre frauduleuse dans les élections. Les sections III et VI de l'article VII renferment des lois qui disposent de la matière des canaux, et qui prescrivent à la législature des règles précises qu'elle devra suivre à cet égard.

La section XIII du même article contient des mesures législatives sur le fonds d'amortissement.

La section IV de l'article VIII édicte les principes en vertu desquels les banques d'épargne seront régies [1]. Inutile de multiplier les citations ; il est clair que nous sommes ici dans le domaine législatif. Mais tout ceci est-il bien nouveau ? Sans doute il y a telles des dispositions qui viennent d'être analysées qui sont nouvelles; mais, comme nous l'avons montré, l'esprit qui les inspire ne l'est pas entièrement. La constitution de New-York de 1846 contenait déjà des dispositions de l'ordre pure-

1. Voir Charters and constitutions, vol. II, pp. 1373-78.

ment législatif sur la matière des canaux, par exemple; toutefois l'idée déjà conçue il y a une quarantaine d'années, s'est beaucoup développée en 1874. Elle a fait encore plus de chemin depuis lors; et maintenant elle a parcouru un si vaste espace que les plus récentes constitutions permettent de constater où les choses en sont venues. En 1876, le Colorado légifère dans sa constitution sur l'éducation; il l'organise par mesure constitutionnelle. Les sources de revenu de l'Etat et ses dettes font l'objet des articles X et XI; l'article XV traite des personnes morales (« corporations »), l'article XVI des mines et de l'irrigation[1].

En cette même année, le Missouri vote une nouvelle constitution ; on y retrouve autant de mesures législatives que dans celle du Colorado; signalons entre autres, un long article XII) divisé en vingt-sept sections qui traite des personnes morales; il comprend douze sections consacrées à la législation des chemins de fer[2].

1. Voir Charters and constitutions, vol. I, pp. 236-37. 241. 242. 243. 244.

2. Ibid. vol. II, pp. 1191-94.

Inutile de multiplier les preuves et de prolonger cette analyse.

Ici il est bien évident que le vieux moule anglais s'est en grande partie brisé; par les raisons que nous avons développées un peu plus haut, le pouvoir législatif ne pouvait pas toujours prétendre à représenter particulièrement le peuple. Seulement la tradition du passé a pu longtemps survivre aux causes qui l'avaient fait naître ; l'impulsion donnée était tellement forte qu'elle a continué à produire un certain mouvement, après que la force motrice s'était depuis longtemps arrêtée. Et, chose bien digne d'attention, l'esprit des hommes semblait encore imbu des vieilles idées, que déjà l'instinct humain poussait la société dans un ordre d'idées nouveau. Où le mouvement actuel aboutira-t-il? Quelle forme définitive prendra-t-il? Reviendra-t-on même en arrière, en diminuant l'intensité du pouvoir constituant, et en restaurant au pouvoir législatif la part que la constitution fédérale et les constitutions des Etats de la première période lui avaient faite? Questions fort compliquées et qu'on ne saurait aborder utilement.

Mais si le peuple souverain persistait dans ses tendances actuelles, et s'il limitait plus encore le pouvoir législatif, en un mot s'il substituait davantage sa propre autorité à l'autorité législative, quelle objection cela présenterait-il? Pourquoi le peuple qui délègue ses pouvoirs, ne pourrait-il pas s'en réserver à lui-même, quand il adopte une constitution, une partie plus considérable ? Y a-t-il ici même l'apparence d'un empiètement ? Comment le souverain ne peut-il pas faire de sa souveraineté l'usage qu'il juge le meilleur ? S'il craint l'instabilité du pouvoir législatif, il atténue ses craintes en édictant des règles immuables ; s'il entend se mettre en garde contre des excès, contre la corruption venue des puissants, il prend ses précautions ; qui peut y trouver à redire ?

Plus encore : on peut soutenir que depuis un siècle au moins, le souverain s'est tracé la voie dans laquelle il semble vouloir maintenant marcher ; dès l'origine des Etats-Unis, dans presque toutes les constitutions, on a insisté sur une déclaration des droits : pourquoi cela ? comme on l'a dit mille et mille fois, pour empêcher le pouvoir législatif d'attenter à la liberté

de l'individu. C'est pourquoi le souverain a mis autour de ces libertés la barrière infranchissable de dispositions constitutionnelles. D'autres sujets peuvent lui inspirer aussi des craintes fondées ; il prend ses précautions, voilà tout !

CHAPITRE VII

DE LA SOUVERAINETÉ DU PEUPLE ET DES CORPS AUTONOMES

Aux Etats-Unis, l'être humain, l'individu, si l'on peut se servir de cette expression, n'est pas condamné à l'isolement. Nous l'avons déjà dit, il a le droit de se réunir à d'autres hommes et de former avec eux soit des associations temporaires, soit des associations permanentes. L'objet des unes et des autres diffère, leurs constitutions font de même, enfin les droits que les unes et les autres acquièrent sont très différents. Ce n'est pas ici que nous pourrions définir exactement les droits de l'association temporaire ; il nous suffit d'ailleurs pour le moment, de parler de l'association

permanente. C'est elle qui est revêtue de droits parfaits, qui reçoit de la loi tous les attributs de la personne civile, qui peut acheter, recevoir, transférer, ester en justice; elle est même, en certains cas, sujette à l'action pénale. En un mot elle existe, se meut, agit et a sur l'être humain cet avantage qu'elle se perpétue et peut ne pas mourir.

Originairement le pouvoir souverain avait seul l'autorité nécessaire pour donner l'être à l'association permanente ou tout au moins pour en consacrer l'existence légale. Seul il pouvait la revêtir de la personnalité civile. Aux termes du droit commun anglais, toute charte d'incorporation, qu'on me permette de retenir le mot, émane, suivant les cas, ou du parlement ou au moins du Roi. Aux Etats-Unis, à l'origine, les choses ne se passèrent pas autrement; si donc il advenait qu'une association voulût se constituer d'une manière permanente, devenir, en un mot, une corporation, c'est au pouvoir législatif qu'elle devait s'adresser; un acte de la législature pouvait seul lui conférer la personnalité civile.

Mais assez récemment, à côté du droit inhé-

rent au souverain de créer la personne civile, est venue se former une pratique toute nouvelle et dont l'efficacité ne saurait guère être mise en question. Dans un certain nombre de constitutions nouvelles, il a été déclaré que le pouvoir législatif établirait des lois dont l'objet serait de régler d'une manière générale les méthodes d'après lesquelles se créeraient les personnes civiles; suivant la pensée qui a inspiré ces constitutions, le pouvoir législatif aurait à tracer d'avance des règles précises, aux termes desquelles toute association pourrait s'organiser d'une manière permanente et acquérir tous les droits civils. Plusieurs constitutions ont en même temps réservé au pouvoir législatif la faculté de continuer l'ancienne pratique du droit commun, et d'accorder des chartes d'association; d'autres, au contraire, ont voulu que le pouvoir législatif disposât à l'avenir de la matière par la seule voie de mesures générales.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs, chaque Etat important a dès aujourd'hui dans sa législation un ou plusieurs actes qui établissent les conditions requises pour constituer et organiser toutes « corporations ».

La loi varie suivant la nature de la société civile qui se fonde ; qu'il s'agisse d'une société littéraire ou scientifique, qu'il s'agisse, au contraire, d'une corporation financière, ou bien d'une corporation religieuse, les dispositions législatives seront un peu différentes; mais dans presque tous les cas, les principes qui gouvernent sont les mêmes : en vertu d'une loi votée d'avance, quelques citoyens de l'Etat se réunissent et passent un acte d'association, aux termes duquel ils s'associent entre eux en vue de l'objet déterminé par l'acte même ; ils s'y obligent aussi à remplir les conditions prescrites par la loi ; cela fait, l'acte signé et scellé par eux est exécuté en duplicata ou en triplicata, suivant les cas ; un exemplaire reste au siège légal de la « corporation » ; un second est souvent déposé au greffe de la cour suprême de l'Etat, enfin un autre est enregistré dans les archives du secrétaire d'Etat de l'état; mais celui-ci n'a aucun pouvoir d'examen, ni de contrôle ; il remplit seulement une formalité. C'est ainsi que la personnalité civile se crée spontanément en vertu et en application d'une loi préexistante.

On ne saurait trop le dire, aucune concep-

n n'a plus fait que celle-ci pour soustraire omme à la bureaucratie et à la tutelle de l'E-t ; c'est à cette conséquence tirée de principes en anciennement reconnus vrais, mais peu veloppés jusque dans ce siècle, qu'est dû, en rande partie, le caractère propre des sociétés nglo-saxonnes de notre temps. Dans tout ceci ucune idée d'ingérence de l'Etat ; les condi-ions à remplir, simples comme la loi les fait, ne dépendent que des citoyens qui entendent s'y conformer.

Ceci fait, l'œuvre de création est achevée; l'être spontané ou, si on le préfère, le corps autonome est en pleine jouissance de ses facultés ; le droit lui confère le titre de citoyen et presque tous ses droits [1].

Pour attaquer ce « citoyen », l'administration entière est sans armes ; si elle a des sujets de plaintes contre lui, si celui-ci a violé une loi ou la loi même en vertu de laquelle il existe, l'Etat pourra procéder contre lui, mais

1. Qu'on remarque la force des mots: une société « incorporée » constitue « un corps politique »; une société de cette nature intente une action contre une autre ; cette action est celle d'un « citoyen » contre un autre « citoyen ».

rarement par mesure administrative ; c'est devant les tribunaux de droit commun qu'il devra porter plainte ; c'est un procès ordinaire qui s'engage ; c'est le seul qui puisse être intenté.

Ainsi les choses ont été préparées en vue d'un développement aussi indéfini qu'une institution humaine puisse le comporter, des forces spontanées qui existent dans la nation. L'homme est libre, ses droits propres lui sont réservés ; en même temps il est libre de s'associer aux autres hommes, et de donner, s'il y est ainsi résolu, le caractère le plus permanent à cette association ; il peut la faire vivre, non seulement pour un jour, mais encore lui donner de sa propre volonté, les caractères de la stabilité et de la durée.

Ce n'est point ici le lieu d'analyser les lois dont nous venons de décrire le caractère principal et d'indiquer la portée ; bien moins encore de faire l'examen des très nombreuses décisions que les cours américaines ont rendues sur la matière ; qu'il suffise de dire que les lois dont nous venons de parler et que la jurisprudence qui les commente, sont toutes marquées au même coin ; partout l'association perma-

nente est rendue aisée, partout ses droits sont interprétés dans le sens le plus large ; partout la tendance est en faveur du maintien et du progrès de ces existences autonomes, de ces « corps politiques ».

Et maintenant regardons aux conséquences qui découlent de cet état de faits et de ces principes de droit :

D'abord il est bien évident que si le droit américain n'a pas créé le système des corps spontanés, — ils ont couvert tous les Etats de l'Europe au moyen-âge et le droit anglais les a légalisés, si on peut le dire, au lieu de s'opposer à leurs progrès, — assurément on ne saurait contester que le régime politique des Etats-Unis leur ait été particulièrement favorable. Des faits trop nombreux, trop éclatants le prouvent pour qu'il soit nécessaire d'insister sur ce point.

Est-ce aux principes mêmes de la souveraineté du peuple que ce développement des forces vives du pays doit être attribué ? A-t-il lieu au contraire malgré elle, et, dans ce cas, est-il dû à d'autres causes ?

Questions fort difficiles à résoudre d'une ma-

nière entièrement satisfaisante, mais qui valent assurément la peine d'être examinées.

En premier lieu, n'oublions pas que cette forme de souveraineté du peuple qui est venue se greffer ou du moins s'établir sur un système de centralisation antérieur, s'est fort bien accommodée de cet enchaînement de circonscirconstances devant lequel elle s'est trouvée placée. Si les accidents, les hasards de sa naissance l'ont mise en rapport forcé, en contact incessant avec un organisme préexistant, elle n'a fait aucun effort pour l'extirper; chose plus étrange encore à bien des points de vue, elle se l'est assimilé. L'ancienne centralisation française, ainsi qu'on l'a montré dans des pages célèbres, avait l'instinct de la jalousie; les sens les plus ductiles lui permettaient de deviner jusqu'aux moindres efforts d'indépendance du plus petit, du plus modeste des corps libres qui pouvait exister dans un coin perdu du territoire. Pendant des siècles, le Parlement de Paris avait, de son côté, tenu en échec tous les corps spontanés qui se rattachaient aux organisations religieuses; les autres parlements l'avaient imité; tous ces faits étaient devenus per-

manents, ces pratiques avaient fait jurisprudence bien longtemps avant qu'il fût question de la souveraineté du peuple. Quand elle fut proclamée, elle se trouva unie, rattachée à l'ancien ordre de choses, plus tard perfectionné, remanié, modernisé, si on peut se servir de l'expression, par la politique du premier consul. Depuis lors, la souveraineté du peuple ne s'est jamais dégagée de ses liens; et, il faut bien le reconnaître, ils ne lui ont pas paru lourds !

Voici maintenant un autre tableau : La société anglaise repousse les principes de la centralisation administrative; un état de choses s'y forme et s'y constitue où, ainsi que nous l'avons indiqué, le droit de l'individu, par conséquent celui de l'association, car l'un est la conséquence de l'autre, ont conquis et conquièrent de siècle en siècle une plus large place. Dès 1215, la grande charte contenait, comme il a été dit plus haut, l'énonciation des droits de l'Anglais; elle contenait aussi une stipulation en faveur des anciennes libertés de la ville de Londres; les confirmations de la « charte des libertés » étendent et développent les articles relatifs aux droits du sujet anglais, et, en

même temps aussi, elles garantissent les libertés de Londres et des autres villes. Ces deux idées qui se lient étroitement, ont ainsi marché de pair à travers les siècles; il n'est donc pas étonnant qu'on les retrouve dès l'origine, dans le droit commun des colonies de l'Amérique du Nord. Elles préexistaient à l'avénement de la souveraineté du peuple; et celle-ci, quand elle a paru à son tour sur la scène politique, s'est accommodée aussi facilement du principe des droits individuels et du développement des idées d'association, qu'elle s'en était montrée jalouse et défiante ailleurs. Depuis plus de cent ans, elle a été aussi libérale que les institutions préexistantes l'étaient, et elle s'est prêtée de la meilleure grâce du monde à leur progrès; ici elle a donc fait exactement le contraire de ce qu'elle consentait à faire en France.

Qu'en faut-il conclure? C'est qu'au moins pendant bien longtemps, la souveraineté du peuple ne produit pas par elle-même les changements dans les institutions que les uns en attendent et que les autres en redoutent : nous avons essayé de saisir comment et dans quelles

limites elle a pu agir jusqu'à ce jour sur le pouvoir législatif aux Etats-Unis. Nous avons recherché attentivement les faits; mais nous ne pouvons pas encore les rapprocher assez les uns des autres pour en tirer des conclusions. Dans le sujet qui nous occupe en ce moment, il n'y a aucun symptôme à remarquer; peut-être même, si l'on veut regarder aux plus légers indices, faudrait-il dire que la souveraineté du peuple se montre plus favorable aujourd'hui à la création des corps spontanés qu'elle ne l'a fait précédemment.

Ceci peut étonner ceux qui ont médité les puissantes analyses que M. Herbert Spencer a consacrées à la question des envahissements de l'Etat moderne, et contre lesquels il s'est raidi avec toute la force de sa logique[1]. Je ferai une exception pour M. Herbert Spencer à la règle que je me suis imposée de ne pas entrer dans l'examen des ouvrages publiés de notre temps sur les sujets que j'examine ici; M. Herbert Spencer est un maître homme, et il faut l'entendre: « L'aplomb d'un Malvolis, dit-il, est suffisamment ridicule; mais nous devons

1. *Social statics*. Appleton. New-York édition.

aller plus loin pour trouver quelque chose qui soit parallèle à la présomption des législatures. Un intendant qui, aveuglé par une soif ardente de domination et une impudence égale à sa soif, transformerait son administration en propriété, représenterait mieux la chose. Alors nous aurions une convenable parodie de la conduite des gouvernements vis-à-vis des nations [1] ».

Et sans citer davantage, il suffira de rappeler que M. Herbert Spencer remarque comment il s'est produit dans le monde une sorte de fureur de légiférer, et comment, de nos jours, le gouvernement est porté par une sorte d'impulsion irrésistible à s'occuper chaque jour de plus de choses [2].

Eh bien ! soit, il en est ainsi ; mais en sera-t-il toujours de même, tant que le principe de la souveraineté du peuple gouvernera nos sociétés ? C'est ce dont je n'oserais me porter garant. Il est même à penser que ce développement des pouvoirs du gouvernement dont les observateurs sont frappés, que ce besoin de beaucoup faire,

1. *Social statics*. Appleton. New-York, p. 225 et suiv.

2. Le livre dont je fais cette bien courte analyse a été écrit en 1850.

que cette fièvre de se mêler de bien des choses, fièvre dont les symptômes se produisent partout, dans la chambre des communes d'Angleterre aussi bien que dans les législatures d'Etats aux Etats-Unis, sont des faits graves, et d'autant plus dignes de remarque qu'on les observe sur tant de points à la fois. Mais c'est précisément parce qu'ils se produisent dans presque toutes les assemblées, que je doute qu'ils puissent être attribués à une même cause qui n'existe pas partout ; si la souveraineté du peuple pouvait être regardée comme la grande coupable aux Etats-Unis, elle ne pourrait assurément l'être au même degré, en Angleterre, voire même à Berlin et à Rome.

Au surplus, admettons toute la force de la critique de M. Herbert Spencer ; voyons quelle est l'extrême limite du mal que peut produire, dans une société où prévaut la souveraineté du peuple, l'ingérence croissante du pouvoir législatif dans les affaires du pays. S'agit-il de la forme de gouvernement centralisé qui existe en France, il est évident qu'elle peut causer des maux irréparables. Aux Etats-Unis, l'effet de son action est infiniment moins grave.

Dans le premier cas, il n'y a pas de pouvoir de résistance possible; que l'autorité souveraine se fasse entendre; quel que soit l'ukase qu'elle rend, il n'y a plus qu'à obéir; tout est arrangé de telle sorte que tous doivent se soumettre.

Mais aux Etats-Unis il ne suffit pas que le pouvoir législatif cesse de se considérer comme un intendant et affecte des airs de propriétaire; ce n'est pas assez qu'il entende trancher, couper, et qu'en fait il vote des lois qui tranchent et qui coupent; il faut plus. En premier lieu, comme nous l'avons déjà dit dans un chapitre précédent, il ne doit pas toucher aux droits réservés aux citoyens; en second lieu, sa sphère d'action est encore limitée au moyen d'autres méthodes que nous avons aussi indiquées. Mais nous croyons qu'on peut aller un pas plus loin et avancer la proposition suivante: dans un pays où le gouvernement national et le gouvernement des Etats n'ont pas d'agents politiques qui les représentent auprès des populations, comme cela se dit souvent ailleurs, toute législation édictant des mesures d'ingérence de la part du gouvernement doit se borner à la création de

nouveaux services administratifs, c'est-à-dire à l'organisation de quelques bureaux ou commissions composés d'un petit nombre d'agents du gouvernement ou de l'Etat, nommés dans le but d'assurer la meilleure exécution de certaines lois d'intérêt général.

Eh bien, admettons que, de temps à autre, quelques services spéciaux soient ainsi organisés. Qu'on regarde bien dans quelles conditions ils le sont. En premier lieu, leur action est strictement limitée par la loi, et s'ils pénétraient arbitrairement dans la sphère des intérêts privés, s'ils dépassaient les limites de leurs attributions, il y aurait recours aux tribunaux de droit commun. Ceci est une proposition tellement évidente que ce serait simple perte de temps que vouloir la démontrer.

Mais ce n'est pas tout; comme il n'existe pas en Angleterre ou aux Etats-Unis de tutelle administrative, que les corps autonomes ne dépendent pas du pouvoir central ou du pouvoir local chargé de les tenir en un état de minorité perpétuelle, il arrive ceci : L'agent créé pour protéger un intérêt général, ne peut le faire que sous la sanction du pouvoir judiciaire,

toutes les fois qu'un conflit s'élève entre les intérêts généraux et les droits individuels. A ces divers points de vue, l'intervention des pouvoirs publics dans les détails de l'existence nationale ou locale, ne saurait se comparer, quand il s'agit de pays anglo-saxons, à ce qui se passe dans ceux qui sont placés sous le régime de la centralisation proprement dite. Sous l'empire du code Théodosien ou du code Justinien, la création d'agents impériaux soustrait la matière soumise à leur compétence à toute autre action; elle rentre immédiatement dans le droit public, et tient en dernier ressort à la décision des bureaucrates du palais impérial; ici, au contraire, l'organisation de nouveaux services ne paralyse ni l'action des individus ni celle des corps autonomes; les rapports qui s'établissent de la sorte dépendent presque toujours des principes du droit public et du droit privé; ils restent donc subordonnés à la décision éventuelle des tribunaux de droit commun.

Mais plaçons-nous à un autre point de vue; il s'agit en réalité de bien autre chose que de savoir si quelques nouveaux services administratifs ainsi limités et définis, diminuent en fait

l'action individuelle au profit de l'Etat. Voici une communauté de près de sept millions d'hommes, comme l'est l'Etat de New-York. Sans doute il serait facile de dire, en examinant les lois votées annuellement, quel est le nombre exact des nouveaux services administratifs qui ont été créés depuis 1860, par exemple ; mais ce qui serait plus difficile, ce serait de fournir une liste des nouvelles individualités autonomes qui se sont organisées pendant ce même espace de temps. Je ne citerai que deux exemples de nature à montrer ce que sont dans bien des cas, ces créations spontanées. Voici la période de la guerre civile ; le pays a besoin de l'action combinée de toutes ses forces vives pour soutenir le gouvernement et mener la guerre à bonne fin : le club de la Ligue de l'Union (Union league club) se crée dans la ville même de New-York, sur la partie la plus menacée des Etats du Nord ; ce club devient un grand corps autonome d'un caractère permanent ; indépendant des pouvoirs publics, échappant à toute action directe, appuyé sur le pouvoir que donne le nombre, la force du talent, les grandes situations acquises, les fortunes les plus solides, depuis tantôt

trente ans, cette puissante institution agit, prospère et fait sentir son influence politique autour d'elle ; quelle force développe cette seule organisation autonome, et que sont à côté d'elle quelques créations de fonctionnaires administratifs ! Mais voici un autre corps autonome, bien vivant aussi, bien actif, bien constitué : c'est l'association du barreau de la ville de New-York. Cette association créée sous l'empire des nécessités urgentes, est aussi établie pour durer ; elle a ses ressources, ses hommes éminents, sa pensée dominante qui est celle d'assurer la bonne administration d'une justice au-dessus de tout soupçon. Voyez ce qu'elle fait : un juge est accusé, par exemple, d'actes de corruption. Les chefs d'accusation sont référés par elle à un comité, avec ordre de les examiner ; ce comité entend les parties plaignantes, se rend compte des pièces sur lesquelles repose la plainte, enfin il invite le juge à lui fournir des explications, s'il croit devoir le faire ; cette enquête terminée, un rapport est adopté ; nous supposerons ici qu'il conclut à la nécessité de procéder contre l'inculpé ; l'association s'arrêtera-t-elle là ? non. C'est à l'assemblée législative de l'Etat

que la constitution confie la mission de mettre un magistrat en accusation; eh bien, l'association du barreau de New-York ira porter son rapport et déposer ses conclusions devant le comité judiciaire de l'assemblée législative, et c'est elle qui souvent sollicitera l'action.

Ceci n'est pas sans précédents; l'histoire de l'Etat rapporte comment, après les scandales judiciaires de 1871, c'est cette association, alors tout nouvellement créée, qui prit en main la cause de la justice contre les juges prévaricateurs.

J'ai cité deux exemples ; je ne multiplierai pas les développements inutiles.

En concluant sur ce point décisif de la question, il faut donc dire que, même en admettant qu'il y ait nécessairement une certaine déperdition de forces individuelles, due à la création de nouveaux services administratifs, à côté de cette déperdition, et, pour la compenser, il se crée sans cesse de nouvelles forces spontanées, de nouvelles associations revêtues de tous les caractères de la personnalité civile; celles-ci sont infiniment plus nombreuses, plus énergiques, plus agissantes que ne le seront jamais

les services d'agents spéciaux de la nature de ceux que la loi peut créer.

Il y a donc deux mouvements parallèles qui se produisent sans cesse dans la société américaine; celui du développement de l'Etat et de ses attributions, qui est en fait assez lent, et celui des combinaisons indéfinies qui se développent par la création indéfinie aussi des corps spontanés ; de telle sorte qu'au moment où l'Etat fait un pas en avant, la société en fait probablement plusieurs ; ces deux forces peuvent donc continuer à se mouvoir sur deux lignes parallèles; elles ne se rencontreront ni ne se paralyseront jamais.

CHAPITRE VIII

LE CITOYEN AMÉRICAIN FAIT PARTIE DE DEUX COMMUNAUTÉS POLITIQUES. — CONSÉQUENCES.

Nous avons déjà marqué la distinction qui existe entre les deux organisations auxquelles le même citoyen appartient et auxquelles il doit allégeance à des titres divers; le gouvernement national et l'Etat; cette distinction est écrite en caractères ineffaçables dans le XIVe amendement à la constitution des Etats-Unis qui exprime l'ancienne idée fédéraliste restée incomplète dans la constitution elle-même.

Le XIVe amendement dit : « Toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis et sujette à leur juridiction, est citoyen des Etats-Unis

ainsi que de l'Etat où elle réside. Nul Etat ne fera ni ne mettra à exécution des lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis, » paroles qui ont solennellement tranché la question même sur laquelle a porté au fond la controverse constitutionnelle d'où est sortie la guerre de sécession.

Et la cour suprême des Etats-Unis a interprété ce texte de la manière suivante : « D'autre part, il est maintenant réglé que nous avons dans notre système politique, un gouvernement pour les Etats-Unis et un gouvernement pour chaque Etat » ; que dans chacun de ces gouvernements, se trouvent des citoyens qui doivent allégeance à l'un et à l'autre, et dont l'un et l'autre de ces gouvernements doit protéger les droits ; d'où la conséquence que le même individu est dans la plupart des cas, citoyen des Etats-Unis et citoyen d'un Etat ; « mais les droits qu'a ce citoyen dans l'un de ces gouvernements diffèrent de ceux qu'il a dans l'autre[1]. »

Et dans une autre décision, la même cour, commentant à nouveau ce texte, a dit en subs-

1. *Slanghter housc cases* 16, Wallace, p. 74.

ance que les citoyens formaient les membres de a communauté à laquelle ils appartenaient; u'ils constituaient le peuple dont cette communauté se composait; « qu'ils étaient ces mêmes ssociés, qui à ce titre, avaient établi un gouvernement, ou qui s'étaient soumis à son autorité, en vue du bien général et en vue aussi de mieux protéger leurs droits individuels et leurs droits collectifs. » « Quand les citoyens organisent un gouvernement, il leur est loisible de lui accorder les pouvoirs qu'ils jugent nécessaires; mais quand le gouvernement est ainsi constitué, et qu'il est appelé à agir, à lui d'exercer tous les pouvoirs dont il est investi pour protéger les droits du citoyen et ceux du peuple qui résident dans les limites territoriales de sa juridiction; mais là sont les bornes de son autorité; il ne peut en exercer d'autre. Le devoir d'un gouvernement à exercer sa protection est toujours renfermé dans les limites du pouvoir qui lui a été conféré pour cet objet. »

« L'expérience a prouvé aux citoyens des Etats-Unis qu'un gouvernement national lui était nécessaire en vue de répondre aux besoins de la nation; les articles de la confédération (de 1777)

qui seuls unissaient les gouvernements des Etats, ne suffisaient pas pour assurer le bien général dans les rapports du pays avec les nations étrangères ni l'entière protection des citoyens, en tant qu'ils étaient citoyens des Etats confédérés. » Pour cette raison, « le peuple des Etats-Unis, en vue de former une union plus parfaite, d'établir la justice, d'assurer la tranquillité domestique, de prendre les mesures de commune défense, d'assurer le progrès général et les bienfaits de la liberté à eux-mêmes ainsi qu'à leur postérité », constituèrent le gouvernement des Etats-Unis ; et, par une constitution dont ils ont fait et leur loi fondamentale et leur règle de conduite, ils définirent ses pouvoirs.

« Le gouvernement établi de la sorte, est, à certains égards, un gouvernement des Etats-Unis, en tant que les Etats-Unis forment une entité politique; c'est en même temps un gouvernement du peuple. D'autre part, l'étendue de ses pouvoirs est limitée; les barrières que la constitution y a posées ne sauraient être franchies; mais, dans les limites de ses pouvoirs, ce gouvernement est suprême; passé ces limites il n'existe plus. » « Il a été organisé dans un

dessein particulier; il a été seulement investi des attributions nécessaires à sa propre conservation et en vue d'atteindre les fins que le peuple se proposait ». Il ne peut donc accorder ni assurer aux citoyens des Etats-Unis des droits ou privilèges qui ne seraient pas énumérés ou impliqués par la constitution fédérale.

« Les citoyens des Etats-Unis qui résident dans un Etat, sont donc sujets à l'action de deux gouvernements : celle du gouvernement de l'Etat et celle du gouvernement national; mais entre ces deux juridictions il ne saurait se produire de conflits. » « Les pouvoirs de l'une ne sont pas ceux de l'autre : elles sont établies dans des intentions différentes, et elles ont des compétences séparées. » « Ensemble elles forment un tout, et donnent au peuple un gouvernement complet qui assure tous ses droits et à l'intérieur et à l'étranger[1]. »

J'ai essayé de suivre d'aussi près que possible le texte de la décision qui vient d'être citée. De tous les arrêts où cette difficile question a été discutée et résolue, il m'a paru être celui qui en

1. *United states* V° *Cruisksank et al* 92 *united states*, pp. 545-550.

contenait peut-être le mieux l'esprit. Si je suis parvenu à le rendre suffisamment intelligible, on a déjà compris l'essencc même du système constitutionnel des Etats-Unis. Qu'on essaie donc de se représenter le citoyen américain, membre à la fois de deux sociétés politiques différentes ; appartenant à l'une et à l'autre pour des objets entièrement dissemblables et ayant dans chacune d'elles des droits et des devoirs distincts de ceux qu'il a dans l'autre.

Cette sorte de dualisme, ou mieux encore, si on pouvait le dire, cette division de ses droits et de ses devoirs en deux parties bien inégales, constitue en réalité l'essence de tout le système politique des Etats-Unis.

Il n'y a pas lieu à en développer ici les conséquences, car c'est à ce travail que seront consacrés en grande partie les volumes qui pourront faire un jour suite à celui-ci; mais quelque exemples paraissent nécessaires pour compléter suffisamment cette courte explication. Prenons une des attributions exclusives du gouvernement fédéral; celle, par exemple, que lui a donnée la constitution, de régler tout le système des douanes ; c'est au gouvernement

fédéral que le citoyen acquitte les droits sur les marchandises qu'il importe ; toute l'administration des douanes est entre les mains des agents fédéraux ; c'est donc à eux qu'il a exclusivement affaire; et s'il y a lieu à litige, c'est la justice fédérale seule qui est compétente ; l'Etat et ses autorités ne sauraient rien voir dans aucune question de cet ordre. Ici le citoyen est soumis à la juridiction des Etats-Unis.

S'agit-il encore d'une question internationale ; le citoyen intéressé dans l'affaire, est de même exclusivement protégé par le gouvernement national ; l'Etat ne sait rien de la question ; il ne saurait en connaître ; et ainsi de suite. Et *vice versa*, s'agirait-il de changer toute la législation qui règle, par exemple, le système des banques de l'Etat de New-York, ou tout le système de lois relatif aux mines de la Californie, les citoyens de ces deux Etats sont respectivement soumis à la juridiction de New-York et de la Californie, et, en principe, le gouvernement fédéral n'a rien à voir ces questions.

Il est vrai sans doute, que souvent la limite entre les deux pouvoirs cesse d'être aussi bien

tracée; alors il peut s'élever des conflits d'attribution ; mais, pour le dire en passant, la constitution des Etats-Unis a prévu le cas, et toute affaire de cette nature doit finalement être résolue par la cour suprême des Etats-Unis.

Reprenons maintenant le raisonnement : puisque tout citoyen d'un Etat est citoyen des Etats-Unis, il est de toute nécessité, afin qu'il reste libre, que ses droits individuels soient garantis également dans les deux sociétés politiques auxquelles il appartient à des titres divers et en vue d'objets différents ; nous avons déjà marqué de quelle manière il s'est réservé l'entier exercice de ces droits dans le contrat constitutionnel fait avec l'Etat. Comment les choses se sont-elles passées vis-à-vis du gouvernement national ?

En 1787, la constitution adoptée par la convention de Philadelphie laissa la question en partie dans l'oubli. Comme on le fit observer, alors le texte même de la constitution contenait sans doute quelques dispositions protectrices du droit individuel ; mais elles étaient peu nombreuses et ne garantissaient pas tous les droits du citoyen. Sans rappeler ici la défense mémo-

rable de la constitution que Hamilton présenta à ce sujet dans la lettre n° 84 du *Fédéraliste*, il suffira de dire que, dans cette circonstance, Thomas Jefferson vit mieux et plus loin. Il se prononça avec une grande force en faveur de certains amendements à la constitution qui seraient destinés à garantir les droits du citoyen des Etats-Unis.

1° Il y a, d'après Jefferson, des droits qu'on ne saurait abandonner aux gouvernements, et que ceux-ci sont toujours disposés à usurper ; c'est le droit de penser et celui de publier ses pensées ; c'est aussi le droit à la liberté de l'individu [1].

2° Il faut protéger l'être humain et le citoyen contre toute oppression de la part du peuple. « Le grand danger, a dit Story, est bien plutôt dans les abus que peut commettre la communauté que dans ceux qui peuvent venir du pouvoir législatif [2]. »

3° Enfin les déclarations des droits établissent le titre des hommes libres à la protection, « et l'importance de ces déclarations s'accroît quand elles sont placées sous la sauvegarde d'un

1. Jeffersons, *Complete Works*, vol. III, p. 12.
2. *Story, on the constitution*, section 1866.

pouvoir judiciaire indépendant, gardien désigné des droits publics et privés du citoyen »[1].

C'est de ces idées si sages que sont sortis les premiers amendements à la constitution fédérale, rédigés et votés par le premier congrès, et dûment ratifiés par les législatures d'Etat; nous y reviendrons ultérieurement.

Mais avant d'aller plus loin, il faut bien comprendre quelle en est la portée exacte. Veulent-ils dire que, dans toute l'étendue de la juridiction des Etats-Unis, aucun des principes de liberté individuelle que ces amendements énoncent, ne saurait être violé sans constituer, selon l'expression courante, un *cas fédéral*; de telle sorte que, dans toutes les espèces qui pourraient se présenter, le pouvoir judiciaire fédéral serait le justicier presque universel?

Nullement, a répondu la cour suprême des Etats-Unis dans une série d'arrêts qui forment une jurisprudence constante. « Le peuple des Etats-Unis, a dit un arrêt célèbre, a décrété et établi pour lui-même et pour son propre gouvernement une constitution » ; il ne l'a point adoptée pour le gouvernement de chaque Etat consi-

1. *Story* ibid. section 1865.

déré individuellement. « Chaque Etat s'est donné à lui-même une constitution, et il a établi, en vertu de cet acte fondamental, telles limites et telles restrictions au pouvoir de son gouvernement particulier qu'il a jugées utiles. » « Si ces propositions sont vraies, le Ve amendement (celui-là même dont il s'agissait dans l'espèce), doit être interprété comme restreignant les pouvoirs du gouvernement général, et il ne saurait être étendu aux Etats. » « Ces amendements ne contenant rien qui indique l'intention de les appliquer aux gouvernements d'Etat, cette cour ne saurait le faire ». Et en conclusion : « nous pensons que la disposition du Ve amendement à la constitution qui déclare que la propriété privée ne sera pas affectée à un usage public sans juste compensation, a seulement pour objet de restreindre le pouvoir du gouvernement des Etats-Unis, et ne saurait s'appliquer à la législation des Etats[1]. »

Et bien plus récemment, en parlant du IIe amendement, la même cour a dit. « C'est un amendement qui n'a d'autre effet que de res-

1. Barron V° *The city of Baltimore*; *opinion of chief justice Marshall*; 7 Peters, pp. 243 et suiv.

treindre les pouvoirs du gouvernement national ; il laisse au peuple le soin de chercher ailleurs la protection nécessaire au maintien de ses droits contre les pouvoirs qui régissent simplement la législation d'ordre intérieur[1]. »

De cette interprétation constante donnée aux dix premiers amendements à la constitution fédérale, il résulte qu'ils sont seulement destinés à restreindre et à prévenir toute tentative de la part du gouvernement fédéral, surtout de la part du pouvoir législatif des Etats-Unis, contre les droits de l'individu.

Ainsi la construction sociale américaine est élevée sur le modèle que nous avons en partie décrit ; elle contient d'abord le droit coutumier anglais, modifié seulement par les arrêts et les statuts des colonies, mais maintenu dans son intégrité en ce qui regarde les droits de l'individu ; viennent ensuite les constitutions d'Etat avec leurs contrats explicites, en vertu desquels il est stipulé entre le peuple et le gouvernement que ce peuple établit, que les droits individuels seront toujours et partout hors de l'atteinte des pouvoirs constitués. Enfin les

1. *Presser vs the people of Illinois*; 116 U. S. pp. 252 et suiv.

délégations de pouvoir faites par le peuple au gouvernement fédéral, sont accompagnées d'un contrat semblable à celui qui a été consenti entre les citoyens et le gouvernement de l'Etat. Voilà bien des précautions prises; cependant ces précautions n'ont pas encore paru suffisantes; et ici le peuple américain, reprenant et complétant l'œuvre de ses ancêtres d'Angleterre, a compris que toutes les déclarations les plus solennelles pouvaient être aisément oubliées, que toutes les garanties stipulées à l'avance pouvaient devenir inutiles, si la garde de ces contrats consentis entre le peuple et les pouvoirs délégués, n'était pas remise à une magistrature partout présente et toujours prête à agir. C'est ce qui va nous amener à parler maintenant du pouvoir judiciaire; à montrer comment il en est venu à recevoir cette mission de première importance, et de quelle manière il s'en acquitte.

Une dernière remarque terminera donc ce chapitre : le fait que le citoyen américain appartient à deux organisations différentes, qu'il a des droits et des devoirs dans chacune d'elles, suffirait à atténuer ce qu'on paraît tant redou-

ter ailleurs dans la souveraineté du peuple; en admettant, même pour un moment, ce dont je n'oserais d'ailleurs me porter garant, qu'il y ait une intensité extraordinaire dans le principe de la souveraineté du peuple, et que son unité puisse produire de redoutables effets, ici elle est divisée entre deux gouvernements; par conséquent, dans tous les cas, elle perd une partie de sa force.

CHAPITRE IX

DU POUVOIR JUDICIAIRE DANS SES RAPPORTS AVEC LA LIBERTÉ DE L'HOMME ET DU CITOYEN

Oublions nos idées françaises sur la séparation des pouvoirs ; ne nous souvenons plus des principes qui gouvernent en France l'organisation judiciaire, et la tiennent aussi en dehors que possible des actes du gouvernement et de ceux de l'administration. Oublions aussi et surtout la division du droit romain entre le droit public et le droit privé ; et concevons, si cela nous est possible, un pouvoir judiciaire dont la compétence s'étende à toutes les affaires dans lesquelles un droit individuel est en cause, de telle sorte que, dans tous les cas où ce droit individuel serait lésé, le juge pourrait en connaître en vue de porter remède au mal.

Allons plus loin : supposons que le magistrat investi d'une juridiction aussi étendue et surtout aussi peu définie, soit chargé d'appliquer un droit qui, en ses points essentiels, ne soit pas écrit, mais dépende de la coutume et des précédents ; supposons encore que ce magistrat ait à se retrouver dans ces coutumes qui émanent de la sagesse des siècles précédents et dans les décisions judiciaires qui ont éclairé et défini les points essentiels de ces mêmes coutumes ; qu'arrivera-t-il presque infailliblement ? Il dépendra presque toujours du juge de découvrir dans ces documents soumis par leur nature même à son droit d'interprétation, la manière de protéger le droit lésé et de le rétablir dans son intégrité.

Mais ce n'est pas tout ; non seulement ce justicier a devant lui tout cet ensemble de coutumes non écrites qui sont imbues des principes protecteurs du droit de l'individu, mais il a aussi, pour l'armer, le droit public, les chartes des libertés et cette concession solennelle en vertu de laquelle ce droit public, ces chartes peuvent être *plaidés* à sa barre. Donc s'il doit intervenir, et le droit coutumier et le droit

public écrit lui fournissent tous les éléments de sa décision. Ici il ne saurait y avoir ni conflit positif ni conflit négatif, ni déclinatoire pour cause d'incompétence au nom de la couronne. Les voûtes de la vieille abbaye anglaise où siège la justice suprême, n'ont jamais entendu retentir des mots pareils, et je ne sache pas que, depuis cent ans, rien de semblable ait été suggéré devant une cour de justice des Etats-Unis [1].

1. Excepté, bien entendu, en cas de suspension de l'*habeas corpus*, c'est-à-dire en temps de grand danger public en Angleterre, et seulement en temps de guerre ou d'insurrection aux Etats-Unis. En 1861, un nommé Merriman fut arrêté à Baltimore par ordre militaire; le chef justicier des Etats-Unis, alors M. Roger B. Taney, qui tenait sa cour de circuit à Baltimore, (le chef justicier a le premier circuit qui comprend, entre autres, la Virginie, le district de Colombie et le Maryland), émit un *writ* d'*habeas corpus*; le général ordonna à l'officier qui gardait le prisonnier (Merriman) de ne pas tenir compte du writ, attendu qu'il y avait état d'insurrection flagrante. L'affaire n'eut donc aucune suite; la justice était tenue en échec. Je n'ai jamais pu bien comprendre pourquoi M. Roger B. Taney s'imagina d'écrire dans cette espèce une sorte d'opinion qu'il consigna dans les registres du greffe de la cour de circuit des Etats-Unis pour le Maryland. M. Taney n'avait aucun droit d'exprimer officiellement sa manière de voir sur une affaire qu'il n'avait pas entendue. En tous cas la procédure en resta là. Dans un

Ainsi ce pouvoir que le juge exerce, que nul ne lui conteste, lui vient de loin. Dès le moyen-âge il s'est habitué à interpréter la coutume et le droit public, il a siégé entouré de jurés qui avaient peut-être combattu le roi Jean ou contribué à payer à quelqu'un de ses successeurs l'achat de l'une des confirmations de la charte des libertés ; à mon sens, dès le commencement du XIV[e] siècle, ainsi que je l'ai indiqué dans le premier chapitre, il avait dû étendre son autorité pour faire sortir de prison les sujets du roi détenus sans motifs suffisants ; en

intéressant recueil de documents historiques, M. Edward M'Pherson a publié l'opinion de M. Taney, qui n'est naturellement dans aucun recueil de jurisprudence. Cette opinion bien rédigée d'ailleurs, a pour objet de contester le droit du président à suspendre le *writ* d'*habeas corpus*. En face de l'opinion de M. Taney, M. M' Pherson a réimprimé sur ce même sujet celle d'un jurisconsulte, au moins l'égal du précédent et d'un caractère bien autrement trempé, celle de M. Horace Binney qui conclut d'une manière absolument contraire à celle du chef justicier. Cependant le congrès a semblé se ranger à l'idée que le pouvoir législatif seul pouvait suspendre l'*habeas corpus*, et la cour suprême paraît avoir incliné dans le même sens. Mais les questions relatives à l'*habeas corpus* n'ont jamais été soulevées par l'affaire Merriman qui ne pouvait, en aucun cas, venir devant la cour suprême que par voie d'appel. Or il n'y avait pas eu jugement en première instance.

tous cas, dès le milieu du XIVe siècle, il a trouvé des formules légales qui sont déjà en substance celles du writ d'*habeas corpus*.

Au XVIIe siècle, c'est devant lui que se débattent les questions les plus vitales de la liberté anglaise; voici l'affaire Darnell, voici l'affaire du « Ship money »; l'une implique en partie les questions relatives à la liberté individuelle, l'autre celle du droit que réclame le roi de lever des taxes sans le consentement du parlement. Et si les décisions sont contraires au droit du sujet, elles produisent néanmoins des résultats fatals à la couronne; car c'est de ces décisions mêmes que le parlement conclura qu'il faut de nouvelles garanties. De là la pétition du droit. Au XVIIIe siècle, les juges anglais sont de nouveau saisis de questions qui intéressent au plus haut degré les droits du sujet, et cette fois ils sont indépendants : Lord Mansfield décide que les mandats de perquisition doivent être limités à la recherche des seules pièces incriminées; que toute perquisition générale est absolument arbitraire[1].

Les tribunaux se prononcent aussi pour la

1. Leach Vo Mooney. Broom, Constitutional law; p. 615.

liberté de la presse ; ils décident de même que l'esclavage africain est contraire à la constitution d'Angleterre[1].

Et il est vrai de dire qu'il y a à peine une grande question qui ait intéressé le sujet anglais, qui n'ait pas reçu du juge son interprétation permanente ; de telle sorte que, quand M. Broom a écrit ses excellents commentaires, où il a traité de la constitution d'Angleterre dans ses rapports avec les droits du sujet, sur presque tous les points essentiels à la liberté de celui-ci, il a reproduit les décisions judiciaires.

Et depuis plus de cent ans que les descendants des Anglais ont fondé les Etats-Unis, quel a été le rôle du magistrat ? Prenez les cent trente et quelques volumes des arrêts de la cour suprême des Etats-Unis et étudiez les tables des matières, si vous ne pouvez lire les volumes eux-mêmes ; pendant les trente-cinq premières années de ce siècle John Marshall, le premier, le plus grand de tous les magistrats américains, promène son regard lumineux sur pres-

1. Forbes V° Cochrane ; voir Dodd's admiralty reports 236-267 and the v° Fox Edwards.

que toutes les parties essentielles de la constitution des Etats-Unis ; et ce que la logique la plus serrée, la raison la plus claire peuvent fournir d'armes sont employées à interpréter, à élucider la constitution des Etats-Unis, à lui donner sa forme définitive et son sens véritable.

Et la tradition ne meurt pas avec lui ; elle est vivante au moment où ces lignes sont écrites ; l'œuvre constitutionnelle et législative de ces trente dernières années a trouvé des interprètes de premier ordre, et l'un d'entre eux que je ne nommerai pas parce qu'il est encore en service actif, et a gardé, dans un âge avancé toute la virilité de sa pensée, a déjà une place marquée parmi les noms des magistrats que l'histoire n'oublie pas. Depuis trente ans, en effet, ont été portées devant cette cour presque toutes les questions soulevées par la reconstitution de l'Union et par les derniers amendements constitutionnels : affaires internationales, droits de l'individu, droits des Etats ont été successivement discutés et décidés ; de telle sorte que ce tribunal suprême a établi à côté et autour de la constitution comme une nouvelle couche d'interprétation qui en explique et en définit le sens.

Et il ne faut pas oublier non plus les cours d'Etats; les principales d'entre elles ont leur jurisprudence qui assurément mérite d'attirer l'attention ; là aussi, les questions les plus diverses ont été abordées et résolues ; depuis celles qui se rapportent aux droits du citoyen jusqu'à celles qui règlent les rapports des hommes entre eux.

Maintenant il faut aller plus loin, pénétrer dans le fond même de la question :

Qu'on se demande combien de mesures qui, affectant une société politique affectent aussi un droit individuel ou collectif, et dans combien de cas le droit d'appliquer ces mesures à une espèce particulière peut soulever des résistances légales bien fondées ; et, peut-être de cette façon, on arrivera à se faire une idée de l'étendue du pouvoir du juge. D'abord un exemple de date toute récente. Voici que l'Etat de New-York institue une commission avec certains pouvoirs réglementaires sur les compagnies qui fournissent la lumière électrique dans la ville de New-York. Bientôt de graves accidents se produisent ; trois ou quatre personnes sont tuées presque coup sur coup et sur divers points, par suite

de chocs électriques ; la commission dont nous parlons étudie sa compétence, et décide qu'elle peut ordonner la destruction des fils reconnus dangereux ; les compagnies mises en cause de cette façon, s'adressent à la justice pour lui demander d'enjoindre à la commission de respecter ses fils, c'est-à-dire sa propriété ; le juge de première instance décide en faveur des droits des compagnies, et il émet une « injonction » ; appel de la commission administrative ; les juges d'appel cassent la décision du premier juge, et la commission fait abattre les fils électriques ; ceci n'affecte en rien l'action ultérieure des compagnies en dommages-intérêts contre la ville de New-York ; donc une seconde fois, et sous une autre forme, la question peut se représenter.

Autre exemple, et celui-ci est pris parmi les affaires les plus importantes qui puissent se présenter dans une société civilisée : la chambre des représentants ordonne une enquête afin de rechercher si certains actes illégaux ont été commis dans l'administration de la ville de Washington ; pendant que l'enquête se poursuit, un témoin, cité à la barre de

la commission, refuse de répondre à certains interrogatoires et de produire certains livres de commerce ; la question soulevée par ce refus, est référée à la chambre qui condamne ledit témoin à la détention jusqu'à ce qu'il consente à répondre ou jusqu'à la fin de la session ; comme celui-ci persista dans son refus, sa détention ne finit qu'avec le congrès. Ultérieurement ce témoin contumace commença devant la cour ordinaire du district de Colombie un procès en dommages-intérêts contre l'agent qui l'avait arrêté par ordre de la chambre ; ceci soulevait dans toute son étendue la question des prérogatives de la chambre ; avait-elle, comme les communes d'Angleterre, le droit de condamner le témoin contumace à la détention pour violation de ses prérogatives souveraines ? et, plus encore, quelles sont les attributions constitutionnelles de la chambre, voire même du congrès, en semblable matière ?

La cour suprême répondit par un arrêt qui peut être considéré, à bon droit, comme digne de figurer parmi les précédents judiciaires les plus importants. Elle déclara que les pouvoirs constitutionnels de la chambre étaient limités

par la nature du gouvernement fédéral lui-même, et que l'arrestation et la détention de la partie plaignante étaient illégales [1]. On pourrait multiplier les exemples presque à l'infini ; mais le principe est toujours le même, et c'est ici le point important.

Le principe est donc, que partout où une personne ou un être collectif a éprouvé un dommage, il y a lieu à action judiciaire, et que la loi offre un remède [2].

1. Hallett Kilbourne V[s] Thompson 103 U. S. p. 168.

2. Il faut cependant noter certaines exceptions à ces règles générales : par exemple, il y a dans les départements exécutifs quelques classes d'affaires qui rentrent dans ce qu'on nomme en France le contentieux administratif. Alors le fonctionnaire décide sans appel aux tribunaux ordinaires ; de même si la loi fait rentrer les instructions données à un fonctionnaire exécutif dans la sphère du pouvoir discrétionnaire, l'autorité judiciaire ne saurait le forcer à exécuter la loi. Encore il n'y a pas d'appel de la décision compétente de l'attorney général. Voir dans les opinions des attorneys généraux, celle où M. Caleb Cushing a examiné cette question. (Vol. V). Toutefois il s'agit ici d'un petit nombre d'affaires; et, depuis que cette opinion a été rendue, la compétence de la cour des réclamations (*court of claims*) est venue restreindre en plus d'un sens l'application de ces principes. La cour des réclamations est un tribunal duquel il y a appel à la cour suprême, du moins ceci est vrai en règle générale.

Mais supposons qu'il y ait une loi formelle en vertu de laquelle le pouvoir législatif ait réglé une matière quelconque ! Ici le pouvoir judiciaire n'est plus libre, il est enfermé dans un cercle qu'il ne dépend plus de lui de franchir; si le texte de loi est non plus déclaratif ou interprétatif, mais direct et positif, il n'a plus qu'à l'appliquer, à moins que ce texte ne soit contraire à celui d'une des dispositions de la constitution. Et ici nous entrons dans l'examen de l'un des plus grands attributs qui, dans le système américain, ait été peu à peu reconnu au pouvoir judiciaire. Non pas, qu'on le remarque bien, que cette compétence lui ait été donnée par un texte constitutionnel ou législatif ; elle a été créée, au contraire, par suite de circonstances difficiles à bien préciser ; et, en un sens, on peut dire qu'elle se déduisait des principes anglais appliqués à la pratique constitutionnelle des Etats de l'Union et à celle du gouvernement national.

Voyons d'abord comment les choses se passent en Angleterre.

Voici l'ancien droit, tel que Blackstone l'explique.

Du paragraphe 122 au paragraphe 126 de ses commentaires, l'auteur définit les droits inaliénables du sujet anglais; l'analyse de son exposé de la question ne nous apprendrait rien. Si l'on en excepte la liberté religieuse qui ne pouvait faire alors partie du droit commun de l'Angleterre, les libertés individuelles du sujet anglais sont celles-là même dont il a été parlé plusieurs fois dans les chapitres précédents, et sur lesquelles nous reviendrons plus loin encore avec quelques détails. Ce qui est peut-être un peu plus neuf pour le lecteur qui a bien voulu nous suivre jusqu'ici, c'est non pas ce que Blackstone dit de l'omnipotence du parlement, mais c'est la question même des limites de cette omnipotence. Citons d'abord Blackstone: « Nous avons examiné sommairement, dit-il, les principaux droits absolus qui appartiennent à tout Anglais. Mais en vain ces droits seraient-ils proclamés, déterminés et protégés par la lettre morte des lois, si la constitution n'avait adopté d'autres méthodes pour en assurer l'exercice efficace. Elle a donc établi en faveur du sujet certains autres droits qui sont subordonnés, et qui servent d'ouvrages avancés ou

de barrières pour protéger et maintenir dans leur inviolabilité les trois grands et premiers droits de sûreté personnelle, de liberté personnelle et de propriété privée ». Aux yeux de Blackstone, ces « ouvrages avancés » sont formés « de la constitution et des pouvoirs et privilèges du parlement »; puis viennent les restrictions imposées à la prérogative royale; et enfin, toujours d'après lui, il faut placer le droit qu'a tout Anglais de s'adresser aux tribunaux pour leur demander justice (paragraphe 141).

Laissons de côté, pour le moment, les tribunaux. Voici comment Blackstone s'exprime au sujet du parlement (il est bien entendu qu'il s'agit ici des deux chambres et du roi), citant les mots de sir Edward Coke, il dit : « Le pouvoir et la juridiction du parlement sont d'une nature si transcendante et si absolue qu'ils ne peuvent être renfermés dans aucune limite; » « en lui réside la souveraine autorité, qu'il fasse, confirme, étende, abroge, rappelle, fasse revivre et interprète les lois », quel que soit le sujet qu'elles règlent. Au parlement est donc confié dans son entier « ce pouvoir absolu, des-

potique, qui dans tout gouvernement[1] » doit se « trouver quelque part. » Le parlement « peut, en un mot, faire tout ce qui n'est pas rendu impossible par nature », « par conséquent, quelques-uns n'ont pas hésité, en se servant d'une figure peut-être trop hardie, à nommer son pouvoir « l'omnipotence du parlement [1]. »

Cette définition a été d'autant plus acceptée et répétée depuis qu'elle était plus absolue; on la relit partout; elle est devenue une sorte d'axiome, et cependant je ne la crois pas parfaitement exacte.

En un sens, il n'y a pas de doute que le pouvoir souverain réside dans le parlement d'Angleterre; mais on perd de vue qu'il existe au sujet du parlement une présomption légale, en vertu de laquelle il est reconnu qu'il ne saurait abuser de la souveraineté; en d'autres termes, il est présumé être toujours sage; or cette présomption n'est elle-même que la suite d'une autre : le parlement est censé ne devoir jamais s'écarter de la constitution d'Angleterre.

Mais qu'il sortît un moment de la constitution, il cesserait d'être le parlement et il de-

1. Blackstone sections 160-161.

viendrait un corps révolutionnaire. S'il est permis de comparer des choses si dissemblables, le raisonnement anglais se rapproche en un point de celui des auteurs canoniques sur l'infaillibilité du pape. Le souverain pontife est infaillible, disent-ils, s'il édicte une vérité de tout temps universellement admise par la tradition de l'église catholique; tout comme le parlement est omnipotent à condition que ses édits interprètent la constitution préexistante d'Angleterre. Toutefois ici s'arrête l'analogie : l'Eglise enseignant que le pape ne peut pas se tromper, n'a pas à prévoir la possibilité d'une erreur dogmatique ; mais Blackstone lui-même est bien obligé de reconnaître que le parlement n'est pas absolument infaillible, qu'il pourrait violer la constitution. Et alors où conclut-il ? C'est que le parlement a cessé d'être le parlement, que les présomptions n'existent plus, et qu'il n'est plus qu'un corps révolutionnaire, c'est-à-dire en dehors de la constitution. Par conséquent, dès ce moment, ses pouvoirs cessent d'être légitimes. Le droit public anglais a prévu le cas, et Blackstone ajoute ces mots : « Et enfin, pour maintenir ces droits, s'ils sont actuelle-

ment violés ou mis en péril, les sujets anglais ont droit en premier lieu à faire appel « à l'administration régulière et libre de la justice dans les tribunaux du pays : » ils peuvent s'adresser aussi par voie de pétition, « au souverain et au parlement, pour demander le redressement des torts qu'ils ont subis », et enfin, qu'on écoute le jurisconsulte déclarant que, si ces mesures restent sans effet, « les sujets anglais ont droit à avoir et à se servir d'armes pour leur propre protection et pour leur défense [1]. »

Laissant de côté, et le droit de l'appel aux armes que Blackstone n'a pas hésité à considérer comme maintenu dans la constitution d'Angleterre, et le droit de pétition et de remontrance qui est appuyé sur des précédents célèbres, revenons au droit du sujet anglais à recourir aux tribunaux.

Il a été sans contredit appliqué dans des cas bien connus ; nous avons cité un peu plus haut quelques-unes de ces espèces ; mais ceux qui voudront en bien comprendre la nature et l'étendue devront lire un document judiciaire dû à la plume du dernier Lord « Chief justice »

1. Section 144.

d'Angleterre; c'est l'exposé fait au grand jury de la cour criminelle centrale par sir Alexander Cockburn dans l'affaire de la Reine contre Nelson et Brand. Il y explique entre autres choses, quels sont les actes du parlement que le juge reste libre d'interpréter d'après les précédents, ceux qu'il peut ignorer et enfin ceux auxquels il doit se conformer[1].

L'exposé de la question est d'une clarté parfaite, mais il ne contient en réalité rien de nouveau; car avant sir Alexander Cockburn, un magistrat dont le nom est bien connu, Best avait déjà dit en parlant de l'esclavage, qu'il résultait de cette institution des conséquences « que les cours anglaises ont toujours regardées comme incompatibles avec la constitution du pays ». Et il avait prononcé ces paroles qu'on doit citer : « c'est un sujet d'orgueil, avait-il dit, que quand les économistes et les politiciens recommandaient à la Législature de protéger ce trafic, et que les sénateurs écrivaient

1. Charge of the Lord chief justice of England to the grand jury, at the criminal court in the case of the Queen V° Nelson and Brand; published by Frederic Cockburn. London 1867.

des lois pour le développer et le déclaraient avantageux pour le pays, les juges du pays, se plaçant au-dessus des idées du temps où ils vivaient, se mettant sur le terrain élevé du droit naturel et dédaignant de se ployer devant la doctrine inférieure de l'utilité, le déclarèrent incompatible avec le génie de la constitution. » Et Best ajoutait : « Comme légiste je parle de cette ancienne décision rendue, quand une doctrine contraire prévalait dans le sénat, avec un haut degré d'orgueil professionnel. » «Dans nos cours, les actions sont fondées sur le droit d'Angleterre, et ce droit est établi à son tour sur le droit naturel et le droit révélé par Dieu. Si le principe qu'on cherche à faire prévaloir est incompatible avec l'un de ces droits, les tribunaux d'Angleterre ne peuvent le reconnaître [1]. »

Mais il n'en reste pas moins vrai qu'on peut toujours supposer le cas extrême où le parlement, par un acte souverain, supprimerait le tribunal dont la jurisprudence serait en conflit avec ses volontés ; alors, sans doute, le parle-

1. Forbes V° Cochrane; Dodd's Admiralty Reports, pp. 239-257.

ment cesserait d'être d'accord avec la constitution ; mais si le parlement était dissous, si les électeurs persistaient à en réélire les membres, qu'arriverait-il ? Resterait l'appel aux armes qui serait d'ailleurs constitutionnel.

Aux Etats-Unis, la question des limites du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ainsi que celle de la compétence judiciaire ont été traitées différemment. Si nous avons réussi à rendre en termes intelligibles les idées principales qui ont préoccupé l'esprit des Américains quand ils ont établi « leurs formes de gouvernement », on a compris que les constitutions d'Etat, aussi bien que la constitution des Etats-Unis, ont réservé entièrement aux citoyens la jouissance de leurs libertés et de leurs droits individuels. En d'autres termes, toutes les constitutions américaines ont interdit également au pouvoir législatif de porter la main sur ces libertés et sur ces droits réservés.

En second lieu, on a pu déduire des explications précédentes que, d'une façon générale, toute constitution a eu pour objet de prescrire des limites aux pouvoirs qu'elle organise. Il a été dit au pouvoir législatif : voici ce que vous

ez faire ; comprenez bien que votre sphère tion est limitée ; il est de votre devoir de ı pas sortir. Ce langage a été tenu par tous pouvoirs constituants, aussi bien par celui a fait la constitution des Etats-Unis que ceux qui ont établi les constitutions des ats de l'Union.

Ici nous sommes donc loin des présomp-ons constitutionnelles qui se trouvent au nd du système anglais ; par conséquent, il st bien clair qu'il fallait trouver quelque part ne autorité à laquelle fût confié le droit de naintenir, dans les limites de leurs attributions, les pouvoirs qui se créaient ainsi aux Etats-Unis. La force des choses a placé ce pouvoir dans la main des juges.

Qu'on examine attentivement la constitution des Etats-Unis, qu'on fasse le même travail par rapport à la constitution de chaque Etat, je ne crois pas qu'on trouve dans tous ces textes un seul mot qui autorise le pouvoir judiciaire à s'enquérir de la constitutionalité des lois. Cependant, dès la fin de 1787 et dans le courant de 1788, les attributions qui appartiendront bientôt aux cours de justice sont

parfaitement tracées par le fédéraliste : « On a douté, disait-il, du droit des tribunaux à annuler un acte législatif comme contraire à la constitution; ces doutes se sont produits parce qu'on a craint que cette doctrine impliquât la supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, et l'on a dit que toute autorité qui peut annuler les actes d'une autre autorité doit être nécessairement supérieure à celle-ci ». Le fédéraliste continuait en montrant que tout acte fait par une autorité déléguée, et qui serait contraire à la teneur des pouvoirs en vertu desquels elle agit, est nul ; par conséquent, il ne saurait exister d'acte valide de la législature, s'il était contraire à la constitution. Nier ce principe « ce serait affirmer que le mandataire est au dessus du mandant, que le serviteur est au dessus du maître, que les représentants du peuple sont supérieurs au peuple lui-même, que ceux qui agissent en vertu de pouvoirs « délégués » peuvent faire non seulement ce que leurs pouvoirs n'autorisent pas, mais même ce qu'ils défendent ».

Puis le fédéraliste ajoutait que, si le corps législatif était juge de l'étendue de son auto-

rité, et si l'interprétation qu'il en pourrait donner liait les autres pouvoirs, en droit son autorité reposerait sur une simple assertion, qui ne serait appuyée par aucun texte de la constitution. « Il est beaucoup plus naturel de supposer, disait encore Hamilton, (l'auteur de la lettre n° 78 dont ces passages sont extraits), que les tribunaux ont été désignés en vue de former un corps intermédiaire entre le peuple et la législature, pour retenir cette dernière dans les limites assignées à son autorité. L'interprétation des lois est du ressort propre et exclusif des tribunaux ». Les juges doivent regarder la constitution comme la loi fondamentale; à eux donc de déterminer son sens exact « ainsi que celui de tout acte émané d'un corps législatif »; et, « si donc il se produisait un conflit irréconciliable entre ces deux textes, il appartiendrait aux juges de donner la préférence à celui qui est le premier par son autorité; » en d'autres mots, la constitution doit prendre le pas sur la loi, l'intention du peuple doit primer celle de ses agents.

Tout ceci n'implique nullement la supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législ-

latif; « il est présumé seulement que le pouvoir du peuple est au-dessus de l'un et de l'autre » ; « et s'il arrive que la volonté de la législature, telle qu'elle se déclare dans les lois adoptées, soit en opposition à celle du peuple, comme celui-ci l'a exprimée dans la constitution », c'est la volonté du peuple et non celle de la législation qui doit gouverner les juges. Ils régleront leurs décisions sur la loi fondamentale.

Le principe si bien déduit par Hamilton, a été accepté, en partie du moins, dès cette première époque[1]; mais il n'a reçu tout son développement qu'au commencement de ce siècle.

A ce moment, John Marshall est devenu chef justicier des Etats-Unis; il examine cette question avec toute sa vigueur, et il dit : « certainement tous ceux qui ont rédigé des constitutions écrites les regardent comme la loi fondamentale et souveraine du pays; par conséquent, le principe de tout gouvernement doit être, que tout acte de la législature contraire à la constitution est nul ».

1. C'est un fait historique que ce système a soulevé de très violentes oppositions dans quelques Etats, notamment dans le Rhode Island et dans l'Ohio.

« Cette théorie adhère par son essence à une constitution écrite; en conséquence, cette cour (la cour suprême) doit la regarder comme l'un des principes fondamentaux de notre société. On ne doit donc pas le perdre de vue dans l'examen de ce sujet ».

Puisqu'il appartient au pouvoir judiciaire de déclarer quelle est la loi, toutes les fois qu'il l'appliquera à un cas particulier, il devra nécessairement s'assurer d'abord de la loi qu'il va mettre en vigueur, et si deux lois sont en conflit, il devra se prononcer entre elles.

« De même au cas où la loi est en conflit avec la constitution ». Si cette loi et la constitution s'appliquent à une espèce, et que la cour ait à décider si elle jugera dans cette espèce d'après la loi, sans tenir compte de la constitution, ou d'après la constitution, sans tenir compte de la loi, elle prononcera nécessairement sur les principes qui s'appliquent à l'affaire pendante; ceci est de l'essence même du devoir du juge.

« Si donc il incombe aux tribunaux de prendre connaissance de la constitution, et si elle est au-dessus d'un simple acte législatif, c'est la constitution et non le simple acte législatif

qui doit prévaloir dans l'espèce à laquelle l'un et l'autre s'appliquent. »

« Ceux qui nient que les cours doivent regarder la constitution comme la loi souveraine, sont amenés à maintenir qu'elles doivent fermer les yeux sur la constitution et voir seulement la loi. »

« Cette doctrine mettrait à néant le fondement même de toute constitution. Les tribunaux en viendraient à déclarer qu'un acte qui, d'après les principes et la théorie de notre gouvernement, est entièrement nul, reste cependant en fait complètement obligatoire. »

« Ce serait donner en fait à la législature une réelle omnipotence, alors même que l'on professe que ses pouvoirs doivent être restreints dans des limites étroites. » « Ceci équivaudrait à établir des limites » au pouvoir législatif, et à dire en même temps que ces mêmes limites peuvent être franchies en toute liberté.

Par conséquent, dans certains cas, le juge doit prendre connaissance de la constitution, et, s'il est de son devoir d'en examiner certaines parties, il doit déclarer « quelles sont cel-

les qu'il lui est interdit de lire ou auxquelles il ne saurait obéir? »

« Nombre de dispositions, poursuit John Marshall, qui se trouvent dans la constitution, servent à éclairer ce sujet : Il y est déclaré «qu'aucune taxe ou droit ne sera perçu sur des articles exportés à travers la frontière d'un Etat. Supposez un droit sur l'exportation du coton, du tabac et de la farine », un procès est fait par un individu qui a acquitté ces droits à l'exportation; « est-ce que jugement doit être rendu dans l'espèce? est-ce que les juges devront fermer les yeux sur la constitution et voir seulement la loi? »

« La constitution dit que nulle loi ne sera adoptée qui pourrait avoir un effet rétroactif; si, néanmoins, une mesure ayant ce caractère était votée, et si, en vertu de cette mesure, une personne devenait l'objet de poursuites, est-ce que la cour condamnerait à mort cette victime que la constitution a entendu protéger? »

« Personne ne sera convaincu de trahison, dit la constitution, si ce n'est sur les témoignages de deux témoins, » témoignages qui porteront sur le même acte public. « Ici le lan-

gage de la constitution s'adresse spécialement aux tribunaux; elle leur prescrit directement une règle sur la preuve dont ils ne doivent pas s'écarter; si la législature changeait cette règle et déclarait qu'un seul témoin... suffit pour condamner, est-ce que le principe constitutionnel devrait céder devant l'acte législatif? »

« De ces exemples et de beaucoup d'autres qui pourraient être cités, il ressort que les auteurs de la constitution entendaient que cet instrument servît de règle à l'administration de la justice [1]. » Nous n'avons donné ici qu'un court extrait de cette décision; il nous paraît suffisant pour montrer la logique de ce raisonnement.

Les mêmes règles d'interprétation ont prévalu dans la jurisprudence de chaque Etat de l'Union; de telle sorte qu'au moment actuel, on peut dire que le droit des tribunaux à annuler une loi comme contraire à la constitution, n'est plus sérieusement contesté.

Si nous pouvons un jour mettre la dernière main au travail que nous avons préparé en grande partie déjà, sur le pouvoir judiciaire aux

1. Marbury V° Madison, I Cranch. pp. 176-189.

Etats-Unis, nous aurons à expliquer en détail cette importante attribution, et surtout à bien marquer dans quelles justes limites elle doit être renfermée; mais ce n'est point ici la place de traiter la question. Nous avons hâte d'arriver à l'usage que l'autorité judiciaire, entendue comme elle l'est aux Etats-Unis, fait de ses pouvoirs pour la protection des droits et des libertés de l'individu.

Si nous sommes parvenu à bien analyser les règles principales qui gouvernent la matière, nous avons montré comment s'est développé un pouvoir chargé d'appliquer les principes du droit coutumier. Sa juridiction n'est pas seulement coextensive aux règles reconnues de ce droit; le juge est encore chargé de déduire de ces règles et des précédents établis les conséquences légales que la solution de l'espèce qui lui est soumise, lui suggère ou lui impose.

« On ne peut pas répéter trop souvent, a dit récemment un des plus éminents jurisconsultes des Etats-Unis, que l'objet du droit privé est d'appliquer le principe social de justice aux faits *connus*, et qu'en ce qui regarde les transactions à venir, il n'existe dans la perception

humaine rien qui soit le *droit*, à l'exception toutefois du concept général que justice doit être rendue; » « telle est la seule obligation que nous pouvons vraiment concevoir en ce qui a trait aux faits encore inconnus et aux circonstances qui se produiront à l'avenir »[1].

Là est marqué le principe même d'où découlent pour le juge les moyens de faire justice; si donc un droit individuel est lésé, c'est au juge qu'il appartient d'appliquer les principes aux faits.

C'est ce que fit le premier juge, dont le nom est malheureusement inconnu, qui ordonna à l'officier du roi détenant un prisonnier, de paraître à sa barre, et de produire l'ordre d'arrestation et de détention ; il appliqua les principes de la justice à un fait nouveau, et créa ainsi un remède qui s'est amélioré avec les siècles et qui est devenu le writ d'*habeas corpus*. Mais qu'on n'aille pas s'imaginer qu'en matière de liberté individuelle, ce writ célèbre soit le commencement et la fin de tout. D'autres méthodes existent pour en assurer le maintien, et, sous

1. James C. Carter ; the provinces of the written and of the unwritten law, p. 37, New-York 1889.

diverses formes, elles sont presque inconsciemment appliquées, tellement elles ont passé dans les mœurs judiciaires. Si on écrivait leur histoire, on trouverait toujours qu'à l'origine elles sont nées du besoin dont parlait tout à l'heure M. Carter, d'appliquer les principes du droit à un état de faits jusqu'alors inconnu, et qui venait de se produire pour la première fois.

Et, qu'on le remarque bien, dans tout ceci il n'est nullement question du pouvoir extrême des juges à décider de la constitutionnalité des lois; si l'exercice de ce pouvoir a été reconnu nécessaire, et, si la jurisprudence en a sanctionné l'usage, c'est qu'il s'est présenté un jour une espèce où le juge s'est vu obligé d'appliquer les principes éternels de la justice à un fait qui se produisait pour la première fois. Il a dû étudier la loi qui blessait le droit individuel dont la défense lui était confiée, en vertu même de son office; il a dû trouver qu'elle était contraire au droit lésé; il a dû alors la rapprocher de la constitution; et, s'armant du pouvoir de faire justice, il a dû déclarer qu'il appliquerait la constitution, et, s'il le fallait, annulerait la loi. Et

depuis lors, ce précédent s'est étendu, et il est aujourd'hui arrivé à s'imposer à tous.

Ainsi dans toute question qui intéresse l'individu, qui met en jeu ses droits, quelle qu'en soit la nature, ceux de sa liberté religieuse aussi bien que ceux de sa personne, sa liberté comme sa propriété ; toutes les fois qu'une espèce s'est présentée qui nécessitait de la part du juge l'exercice de son autorité en vue de protéger le droit individuel lésé, en un mot de faire justice, il a dû chercher quel était le principe applicable au fait nouveau qui lui était soumis.

Là est la question des rapports du pouvoir judiciaire avec les libertés individuelles, et elle n'est que là.

Et maintenant, pourquoi a-t-il été sagement décrété d'écrire en toutes lettres dans les constitutions des Etats que la liberté individuelle serait partout inviolable ; qu'il ne saurait être ordonné de perquisitions à domicile que dans quelques cas exceptionnels, déterminés par la loi ; que l'accusé ne saurait être interrogé? Ce n'est pas assurément parce que ces principes étaient nouveaux ; ils étaient tous dans le droit com-

mun; mais c'est parce que l'on entendait que le peuple de l'Etat les mît formellement à l'abri de toute atteinte législative et s'obligeât lui-même à les respecter. En d'autres termes, comme nous l'avons montré précédemment, ces droits n'ont point été reconnus pour la première fois par mesure constitutionnelle ; chacun d'eux a été d'abord écrit sous une forme plus ou moins complète dans un arrêt de justice; ils sont tous le résultat d'une application de ce principe : justice doit être rendue dans toute espèce nouvelle qui viendra à se produire. La règle du « *jussuum cuique tribuere* » est permanente ; elle vient de Dieu ; son application est l'œuvre des hommes qui doivent la mettre à exécution toutes les fois qu'un fait nouveau l'exige.

Nous sommes bien loin, il faut en convenir, des règles romaines qui séparent le droit public du droit privé, les lois administratives des lois civiles, les règlements de police des empereurs de l'action des tribunaux ordinaires. Il existe, il faut en convenir aussi, entre ces deux systèmes, celui que nous essayons d'expliquer, et celui que toute l'Europe continentale a étudié

dans les monuments romains, d'infranchissables barrières ; impossible de les concilier. A chacun de faire son choix, ou plutôt depuis des siècles chacun a fait son choix.

En 1215, quand la grande charte déclarait qu'un Anglais ne serait emprisonné ni privé de sa propriété ni de ses droits que par le jugement de ses pairs, la maison Capétienne avait presque assuré par voie d'évocation, la juridiction des parlements royaux et le triomphe des principes romains ; chose remarquable cependant, les grands auteurs du droit coutumier français qui écrivent au XIIIe siècle, et Pierre de Fontaine, et le livre de justice et de plet, et Beaumanoir, ne contiennent pas trace du rétablissement de la torture. Mais qui le croirait? C'est la main de saint Louis que l'on trouve apposée au pied de l'acte royal où elle reparaît ; l'ordonnance est de 1254 !

Depuis lors, les deux droits ont marché en se séparant chaque jour davantage, si bien que les institutions anglo-saxonnes et les institutions franco-romaines n'ont presque plus rien eu de commun : sous elles se sont formés deux peuples, tellement différents l'un de l'autre, que

c'est seulement par un effort extrême de l'esprit, que l'un des deux peut arriver à pénétrer au fond des institutions de l'autre. Quel curieux chapitre d'histoire littéraire ce sujet pourrait suggérer ! Quand Montesquieu, dans des pages aussi immortelles que l'esprit humain, représente la constitution d'Angleterre, il décrit en traits de génie les rouages des pouvoirs souverains. Mais les droits du sujet anglais, ses libertés semblent à peine avoir attiré son attention. Ne pourrait-on pas faire une observation semblable sur un autre grand esprit, sur celui-là même qui a expliqué à la France et à l'Europe ce qu'était la démocratie américaine, et se demander comment il s'est pu qu'un penseur aussi profond, un analyste aussi ingénieux ait laissé échapper à son regard la meilleure, la plus vivante partie des institutions anglo-saxonnes ? J'ai nommé Montesquieu et M. de Tocqueville ; je pourrais étendre encore à bien plus forte raison, ces mêmes remarques aux patients allemands qui ont écrit dans ce siècle sur l'Angleterre et les Etats-Unis ; ce que l'on peut reprocher, à bon droit, à leurs œuvres souvent très remarquables, c'est d'avoir arrêté

leurs recherches à la couche superficielle de la société anglo-saxonne, d'avoir seulement décrit des institutions ; en un mot, de n'avoir pas vu l'homme et compris ses droits.

Mais qui peut s'étonner que le génie, que la puissance la plus pénétrante d'analyse que ce siècle ait connue, qu'enfin les recherches les plus savantes n'aient pu faire découvrir le fond du sujet, quand la distance qui sépare les institutions franco-romaines ou germano-romaines des institutions anglo-saxonnes, est devenue ce qu'elle est, surtout depuis plus de deux cent cinquante ans?

Et pour ne parler que de la question des droits individuels à laquelle ce volume est plus particulièrement consacré, qui voudra comprendre la différence des institutions profondes des deux races n'a qu'à voir comment ces mêmes droits ont été traités en France.

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui se trouve en tête de la constitution que la France adopta en 1791, est à tout prendre bien rédigée ; c'est un morceau presque satisfaisant de dialectique. L'exposé en est clair, les mots bien adaptés. En somme, la rédaction est

infiniment supérieure à celle de presque toutes les déclarations des droits adoptées aux Etats-Unis dans les treize années précédentes[1]; que manque-t-il donc à ce document? simplement la vie. Il affirme des droits; mais personne ne s'est avisé alors, ni depuis, de se demander pourquoi était faite une déclaration des droits, et quel était le pouvoir qui devait protéger dans la vie de chaque jour ces droits ainsi déclarés : aussi ce n'est qu'un assez bon essai de philosophie politique. Les constitutions se succèdent rapidement les unes aux autres, chacune contient sa déclaration des droits; et tout se borne là. La seule constitution, parmi toutes celles qui ont passé de la sorte, où l'on trouve sur ces questions qui nous occupent, je ne dirai pas une solution, mais une lueur de bon sens, c'est celle de l'an VIII, où Sieyès s'imagina qu'après tout il fallait bien confier à un des pouvoirs souverains la garde de la liberté des citoyens; pour cela il choisit le sénat conservateur; or on sait

1. Il faut excepter de cette critique la très remarquable déclaration des droits adoptée par la Virginie en 1776, et les amendements à la constitution des Etats-Unis adoptés en 1789.

que ce corps ne fit pas grand usage de ce pou-
voir constitutionnel, et l'on sait mieux encore
que s'il avait eu la pensée de prendre ses attri-
butions au sérieux, Napoléon Ier l'aurait bien
vite rappelé à l'ordre.

En 1851, la constitution du jour reconnut
« les grands principes de 1789 », laissant
on ne sait trop qui le soin d'expliquer ce que
ces mots voulaient dire. En tout cas, c'est tout
ce qui restait alors de la déclaration des droits
de l'homme et du citoyen. Et ce léger débris
ayant disparu lui-même dans la tempête de
1870, il n'y a plus dans la constitution actuelle
de la France républicaine un mot sur la ques-
tion. Elle est tombée dans le dernier des ou-
blis.

Eh bien ! faut-il le regretter ? A cela tout
esprit impartial répondra que c'est affaire sans
importance. Quelle est la valeur de déclarations
générales qui ne peuvent être appliquées à la
garantie d'un droit lésé ; que peut faire à un
Français que les pouvoirs législatifs aient de-
vant eux une déclaration des droits, qu'est-ce
que ce document peut lui apporter de secours,
si son domicile est violé, si les portes de son

église sont ouvertes de force, s'il est jeté lui-même en prison sur un simple soupçon, et que, pendant ce temps, une police affairée aille enfoncer ses tiroirs pour y chercher quelques indices de criminalité ? Si ces actes sont commis contre sa personne et à son préjudice, à qui portera-t-il plainte ? Quel sera le coupable qu'il pourra atteindre ? Où sont ses droits, où ses remèdes ? En 1763, aux beaux jours où la Bastille contenait bon nombre de prisonniers d'Etat envoyés entre ces quatre murs par le bon plaisir du roi de France, à Londres un très grand personnage, lord Halifax, alors secrétaire d'Etat de la couronne, ordonna des perquisitions par voie de mandat général. Il commandait à ses agents de rechercher au moyen de visites domiciliaires, les auteurs d'un libelle connu dans l'histoire juridique du temps sous la désignation du nº 45 du *North Briton*. L'ordre de lord Halifax est exécuté ; mais le puissant ministre ne fut pas longtemps à se repentir de l'avoir donné. Le pouvoir du juge se fit sentir, les agents du secrétaire d'Etat qui avaient exécuté le mandat, furent rudement atteints, et lord Halifax n'échappa lui-même à

une condamnation qu'en se couvrant de ses privilèges.

Tout ceci se passait de 1763 à 1770. La victoire obtenue à Londres en faveur des droits du sujet ne semble avoir produit aucune impression sur l'esprit français de ce temps ; a-t-elle même produit un effet durable sur celui des nombreuses générations qui se sont succédé depuis lors ? à en juger par le résultat, à voir comment les principes du code d'instruction criminelle de 1808 sont entrés dans le cerveau de la nation, il ne le semblerait guère.

Revenons donc à notre sujet et concluons : aux Etats-Unis on peut affirmer comme vraies les propositions suivantes :

1° Les droits de l'individu, garantis par des contrats solennels, sont devenus de plus en plus indépendants de l'action des pouvoirs publics.

2° Ils sont protégés contre toute atteinte par une triple ligne de défenses : à savoir les principes du droit coutumier, les dispositions formelles des constitutions, aussi bien de celle des Etats-Unis que de celle de chaque Etat ; enfin l'action constante du pouvoir judiciaire.

Ainsi le citoyen a grandi, s'est fortifié dans la virile possession de ses droits; et c'est parce qu'il n'a eu rien à redouter, ni du gouvernement ni du peuple, qu'il s'est attaché naturellement et à bon escient à une forme de société qui lui assurait d'inestimables biens.

Sans doute il peut importer à son patriotisme, à ses sentiments d'homme et de citoyen que les affaires de son pays soient prospères, et que son pays s'assure de plus en plus une place parmi les grands empires de ce monde; sans doute il importe à ses intérêts que les intérêts publics soient sauvegardés, que le gouvernement administre bien ; toutes ces nobles ambitions sont celles-là même qui inspirent un grand peuple ; mais quelle sécurité n'est pas la sienne quand il pense que, grâce à ce que ses aïeux ont conquis pour lui, ses droits individuels sont complètement hors de question. Et n'est-ce pas dans cette sécurité même qu'est la vraie cause de la vitalité des institutions gouvernementales ?

CHAPITRE X

DES EFFETS DE LA SOUVERAINETÉ DU PEUPLE

Si dans certains pays, la souveraineté du peuple a été justement accusée de s'accommoder des procédés du gouvernement despotique, aux Etats-Unis, en prenant possession d'un pays où le droit commun d'Angleterre a dès l'origine implanté les institutions libres et maintenu le respect des droits, elle ne s'est nullement trouvée gênée par ce contact; elle s'est même prêtée sans aucun effort aux exigences de ces institutions préexistantes. A peine remarque-t-on quelques symptômes passagers d'embarras; et, encore, si on les observe avec un soin minutieux, on remarque qu'ils proviennent d'autres causes.

Ceci nous amène à l'examen d'une autre question tout aussi importante : il s'agit de savoir si la souveraineté du peuple peut s'accommoder d'un régime stable, ou si, au contraire, elle se plaît dans des changements incessants. Disons d'abord ce qui en est aux Etats-Unis, puis nous verrons comment les choses se passent ailleurs, et peut-être pourrons-nous indiquer alors pourquoi, aux Etats-Unis, la démocratie est plus disposée à l'immobilité qu'aux violents changements, et pourquoi dans d'autres pays les changements perpétuels qu'on lui reproche peuvent être fort bien dus à des causes toutes différentes.

Voici la constitution fédérale; elle est adoptée en 1787, ratifiée en 1789, à condition qu'elle subisse d'importants amendements destinés à réserver les droits du citoyen contre tout empiètement de l'autorité nationale (amendements I-X)[1]; ces amendements une fois adoptés, la constitution fonctionne sans aucun changement jusqu'en 1804, moment où le mode d'élection du président des Etats-Unis est modifié

1. Le XI[e] amendement qui répondait seulement à des besoins transitoires, fut ratifié en 1794.

(XII[e] amendement). De 1804 à 1865, le texte reste le même; aucun changement n'y est introduit. En 1865, le XIII[e] amendement abolit l'esclavage; en 1866, le XIV[e] définit les résultats de la guerre et, on peut le dire, assure la reconstitution de l'Union; en 1868, le XV[e] amendement déclare que nul ne sera privé du droit de suffrage en raison de sa race, de sa couleur ou de l'état antérieur de servitude. Voilà tous les changements qu'a subis la constitution des Etats-Unis dans un peu plus d'un siècle. Et il est évident pour l'observateur qu'elle n'est pas menacée d'en subir de nouveaux dans un avenir prochain. Il est bon qu'on ne donne pas trop d'attention aux projets présentés de temps à autre dans une des chambres du congrès, et qui auraient pour but de modifier en quelque point la constitution; ces projets n'ont pas en ce moment de raison d'être; seule une grande exigence nationale pourrait produire un mouvement d'opinion suffisant pour amener le vote et la ratification d'une disposition nouvelle.

Voici donc le monument qui est debout depuis un siècle, et auquel quelques retouches es-

sentielles ont été faites. Qu'on l'examine attentivement; il est assez fortement construit dans ses parties principales pour que les grandes lignes en soient toujours reconnaissables; mais il ne faudrait pas essayer d'y retrouver un plan tellement fixe, tellement tracé à l'avance qu'il ne puisse être retouché, remanié sans cesse par voie d'interprétation. Le texte que nous avons sous les yeux révèle bien une grande pensée d'ensemble; mais ses auteurs n'ont pas eu l'audacieux orgueil de croire qu'ils pouvaient immobiliser la pensée des générations futures, et leur imposer une rédaction en tous points immuable. C'est un texte écrit, comme le sont celui de la grande charte et de ses confirmations, la pétition du droit et le bill des droits qui forment en grande partie la constitution écrite d'Angleterre; il n'est guère plus précis en bien des sens que ces documents anglais. Et c'est un point d'une telle importance que je voudrais le rendre ici aussi clair que possible.

Il est bien évident que la constitution des Etats-Unis a tranché certaines questions d'une manière bien nette. Elle décide, par exemple, qu'il y aura un pouvoir législatif, un pouvoir

exécutif et un pouvoir judiciaire. La branche législative du gouvernement sera formée d'un sénat et d'une chambre des représentants ; le pouvoir exécutif sera confié à un président élu dans de certaines conditions ; le pouvoir judiciaire sera constitué aussi d'une façon déterminée à l'avance par l'acte fondamental : une cour suprême qui aura deux sortes d'attributions, en doit former la partie principale. Tout ceci est précis ; mais voici des dispositions qui le sont moins. Il est maintenant admis par tous que le pouvoir exécutif constitue un pouvoir coordonné à celui du congrès et qui en est indépendant ; mais ce principe n'est pas énoncé en termes formels dans la constitution ; et à coup sûr, la nature des rapports qui doivent s'établir entre le président et le congrès n'y est pas nettement définie ; la doctrine constitutionnelle s'est dégagée peu à peu des nécessités mêmes qui s'imposaient. Je citerai quelques faits à l'appui de ce qui vient d'être dit. Qu'on se rapporte au 22 août 1789. Le sénat, depuis l'installation du congrès, siège toujours à huis clos. Il est tenu un procès-verbal de ses séances, et c'est tout ce qui a survécu de ses débats pendant la première

période du gouvernement ; par ce compte rendu et par les règlements adoptés à l'avance, on savait fort bien que ce jour-là, le président des Etats-Unis était venu présider le sénat ; le cérémonial adopté d'avance était fort connu ; ce qui se passa l'était aussi d'une manière générale. Mais voici qu'un grand journal de New-York publie en ce moment même les notes qu'écrivait sur son agenda un sénateur alors en fonctions[1]. « L'huissier, y est-il écrit, nous dit bientôt après que le président (Washington) était arrivé. Le président a été introduit et a pris le fauteuil de notre président. Il s'est levé et nous a dit abruptement qu'il était venu nous rendre visite pour nous demander notre avis et notre consentement au sujet du traité à conclure avec les Indiens du sud ; qu'il avait amené avec lui le général Knox[2] qui connaissait bien l'affaire. » La discussion s'engage alors sur la question de savoir si l'avis et le consentement doivent être donnés, ou si les pièces doivent être renvoyées au comité compétent ; finalement Maclay lui-même

1. Journal of William Maclay, senator from Pensylvania 1789-91, publié par le New-York Sun ; 27 avril et 4 mai 1890.
2. Alors secrétaire de la guerre.

appuie cette seconde motion qui est en conflit avec les désirs du président; alors Washington reprendla parole: « Ceci fait échouer l'objet que j'avais en vue quand je suis venu ici », dit-il en commençant; puis le moment d'irritation passé, Washington se range à la proposition d'un ajournement jusqu'au lundi suivant.

Au jour dit, Washington est de nouveau au sénat, de nouveau assis dans le fauteuil du président de cette assemblée, et de nouveau il préside la séance. Cette fois « il est placide et serein, et manifeste le désir de s'arranger; un long débat s'engage alors; » nous parlâmes et nous parlâmes, dit Maclay; enfin le traité est ratifié et le président se retire. Il ne revint plus au sénat; cette tentative l'avait irrité; George Washington n'était en rien un orateur, il n'avait pas non plus les qualités qu'il faut pour conduire ou maîtriser une assemblée; ces deux tentatives le lui avaient plus que prouvé; par conséquent il se retira dans ses attributions, ou, pour mieux dire, à partir de ce jour il se traça à lui-même le cercle de ses attributions dont ses successeurs ne se sont plus départis. Mais quand, le 24 août 1789,

Washington vint s'asseoir dans le fauteuil du président du sénat, il ne fit rien, il ne tenta rien qui ne fût strictement conforme au texte de la constitution. Eût-il eu d'autres facultés, celles d'Hamilton par exemple ; eût-il été, comme lui un leader, un « debater » par instinct, il serait très probablement arrivé que, dans les grandes affaires, au moins dans celles où le sénat siège comme conseil du pouvoir exécutif, il serait venu présider ce conseil. Et s'il en avait été ainsi, sans qu'il y eût eu un mot de changé dans la constitution des Etats-Unis, elle n'en eût pas moins été une constitution toute différente de ce que nous la voyons de nos jours.

Autre exemple de nature aussi à faire réfléchir : depuis l'origine du gouvernement deux lois sont restées dans les statuts des Etats-Unis ; l'une d'elles, adoptée le 22 juillet 1789, et à coup sûr préparée par Thomas Jefferson, organise le département d'Etat ; elle porte que le secrétaire d'Etat « conduira les affaires du département comme le président l'ordonnera [1]. » L'acte en question suppose que toute communication que le secrétaire

1. Voir U. S. *Revised statutes sections* 202.

d'Etat devra faire au congrès, sera par lui adressée au président qui la transmettra, s'il le juge convenable.

Mais voici qu'en même temps, Alexander Hamilton, qui est secrétaire du trésor, prépare la loi qui doit organiser son département; si Jefferson veut séparer l'exécutif du congrès, Hamilton, orateur né, fait pour commander aux hommes, pour leur imposer sa volonté, ne veut pas perdre ses moyens d'action ; il entend que la chambre des représentants soit tenue de l'écouter; aussi la loi du 2 septembre 1789 porte ces mots : « le secrétaire du trésor fera des rapports *oraux* ou par écrit, comme il peut en être requis [1] ».

Lequel des deux secrétaires de Washington était le plus près du texte de la constitution? Pour moi, ce texte en main, je ne saurais le dire ; mais ce qui est évident, c'est qu'une fois le pli pris, nul n'a plus douté que ce ne fût Jefferson.

Mais supposons que Jefferson et Hamilton eussent demandé le même droit ou du moins réclamé le même privilège ; qu'ils eussent été

1. Voir U. S. *Revised statutes section* 248.

l'un et l'autre frapper à la porte de la chambre des représentants et eussent obtenu d'être entendus au moment même où Washington vint présider le sénat, très probablement la forme anglaise pure qui planait encore sur les institutions des Etats-Unis s'y serait adaptée de nouveau.

Il n'est donc pas exact de dire que le texte de la constitution ait déterminé toutes ces questions ; ce sont les faits, c'est le bon sens des hommes qui a complété le texte. Voici maintenant deux exemples qui vont nous montrer jusqu'où s'est étendu le pouvoir d'interprétation.

Je dois à la mémoire d'un sénateur éminent, Matt. H. Carpenter, avec lequel j'ai eu de longs et intimes rapports de mentionner le fait suivant ; il avait présidé pendant de longues années le comité du sénat des bureaux de poste et des routes postales (post offices and post roads) ; grand jurisconsulte, comme il l'était, M. Carpenter avait étudié à fond le sens exact des mots que la constitution consacre à ce service. Elle dit que le congrès aura le pouvoir « d'établir des bureaux de poste et des routes postales » (article Ier sec-

tion 8, § 7) ; ceci signifiait-il que tout service postal, toute route postale, en vertu de la constitution, allaient passer sous la domination exclusive des Etats-Unis, de telle sorte que, pas une lettre ne serait désormais transportée par un Etat, et que pas un mille de route postale ne serait sous l'action de cet Etat? D'après M. Carpenter, le texte n'avait pas clairement entendu qu'il en fût ainsi ; il attribuait sans doute aux Etats-Unis une faculté qu'ils pouvaient exercer; mais il est assez peu probable que l'intention fût d'en priver absolument l'Etat. Et cependant il serait ma venu l'Etat qui aujourd'hui voudrait rétablii le vrai sens de cette disposition. Ici encore, la pratique, les nécessités, la jurisprudence on donné un sens au texte; elles l'ont imposé s l'on veut.

Voici un autre exemple: la constitution di qu'en cas d'« empêchement », la chambre voter la mise en accusation et le sénat jugera; pui la section IV[e] de l'article II ajoute : « Le président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des Etats-Unis seront révoqués de leurs fonctions, s'ils sont « empêchés » et recon-

nus coupables de trahison, de corruption ou d'autres crimes et délits ». Le second paragraphe de la section IIIe de l'article Ier portait déjà que « la personne trouvée coupable devra néanmoins rester passible d'une mise en accusation, et être soumise éventuellement à un procès, à un jugement et à une condamnation aux termes de la loi » ; eh bien ! que veulent dire ces dispositions ? Signifient-elles que, pour être « empêché » et reconnu coupable par le sénat, il faut que l'accusé qui lui a été déféré, ait commis un crime ou un délit de droit commun ; ou ces textes ont-ils entendu exprimer l'idée que le sénat peut prononcer une condamnation pour des crimes ou délits d'ordre politique, et qui échappent au droit commun, aussi bien que pour ceux qui rentrent dans la compétence de ce dernier ? En d'autres termes, la constitution a-t-elle entendu créer un tribunal qui connaisse en certains cas des offenses politiques ? Oui, répondirent près des deux tiers des sénateurs, lors du procès fait en 1868 au président Johnson ; non, répondirent les autres. Sans doute ceux-ci n'étaient qu'une minorité ; mais comme il fallait au minimum les deux tiers des sénateurs pour con-

damner, cette minorité assurait l'acquittement de M. Johnson. Depuis lors, un juge éminent, en parlant des clauses de la constitution qui se rapportent à la mise en accusation et à procédure d'empêchement devant le sénat, a déclaré avec toute l'autorité qui lui appartient, qu'elles n'avaient plus de raison d'être en ce qui regardait le président. Ici donc encore il s'est formé une jurisprudence ; le sénat, en 1868, a interprété des clauses restées jusque-là obscures de la constitution, et en réalité cette jurisprudence les a supprimées.

Et ainsi de suite pour une grande partie des dispositions de la constitution; elles n'ont d'autre sens réel, tangible aujourd'hui, que celui que leur ont donné la pratique, les précédents et surtout la jurisprudence [1].

Il est donc impossible de dire que le texte de la constitution ait changé beaucoup depuis 1789; il est encore plus impossible de prétendre que la tendance constante que l'on remar-

1. Le sens des six premiers amendements constitutionnels a été déterminé par le chef justicier Marshall dans Barron v° Baltimore; Peters, p. 243, celui du XIVme amendement dans les *Slaughter house cases* 16 *Wallace*, p. 36 et suiv. et ainsi de suite.

que dans tous les pouvoirs publics en vue de le mieux interpréter, de le mieux éclaircir, se ressente en rien des « passions démocratiques. » Ce travail leur est au contraire presque complétement étranger; il se fait en dehors et au-dessus du peuple, parmi les plus hauts représentants du gouvernement, et dans ces *sapientum templa serena* où des juges inamovibles, sans espoir d'avancement, face à face avec la loi, avec la tradition, n'entendent guère les cris de la foule et ne sauraient s'en émouvoir.

Sans doute, les constitutions d'Etat sont loin de ressembler en ce qui regarde l'immobilité et la durée, à la constitution des Etats-Unis; cependant ici encore qu'on ne croie pas que le changement soit la règle devant laquelle tout se courbe. Loin de là.

En veut-on la preuve? qu'on ouvre le recueil où toutes les constitutions d'Etat ont été collectionnées par ordre du congrès, sous le titre de chartes et constitutions ; qu'on prenne quelques Etats et qu'on se donne la peine d'examiner.

Le Massachussetts adopte sa constitution en 1780; il y est fait depuis lors certains amen-

21

dements, mais le corps de la constitution n'a pas été changé [1].

Le Maine devient un Etat de l'Union en 1820; depuis lors il a amendé plusieurs fois sa constitution, mais il n'en a pas adopté de nouvelle.

Et ainsi de suite pour les autres Etats de la nouvelle Angleterre.

Voici maintenant l'Etat de New-York; sa première constitution est de 1777; pour les raisons qui ont déjà été expliquées, et qui étaient surtout tirées de la question du droit de suffrage, cette constitution est remaniée en 1821. En 1846, il en est adopté une nouvelle; amendée en 1868 et en 1874, elle subsiste encore.

La première constitution de la Pensylvanie est de 1776; la seconde de 1790; la troisième de 1838, celle-ci est subséquemment amendée en 1850, en 1857 et en 1864; en 1873, l'Etat en adopte une nouvelle.

L'Ohio vote sa première constitution en 1802, et sa seconde en 1851.

L'Indiana est admis dans l'Union en 1816, époque de sa première constitution; celle-ci fait place à une nouvelle qui porte la date de 1851.

1. Voir *Charters and Constitutions* vol. I, pp. 973-980.

L'Illinois devient un des Etats de l'Union en 1818; nouvelles constitutions en 1848 et en 1870[1].

Deux causes rendent à peu près impossible tout calcul fait en vue de donner la moyenne exacte de la durée des constitutions des Etats; en premier lieu, les treize colonies exceptées, ils n'ont pas été admis dans l'Union à la même époque. En second lieu, les Etats du sud ont passé, de 1861 jusqu'à une date assez récente, par une série de crises politiques dont leur régime constitutionnel a dû nécessairement se ressentir. Aussi, si je voulais essayer d'arriver à une estimation approximative de la moyenne de vie des constitutions d'Etat, je prendrais cinq Etats que je regarderais comme des « types ». Ce seraient le Massachussetts, l'Etat de New-York, la Pensylvanie, l'Ohio, l'Indiana et l'Illinois ; j'ai déjà indiqué l'histoire constitutionnelle de chacun d'eux.

Mais ici il faut encore s'entendre sur le sens de ces mots : une nouvelle constitution. Les changements opérés par l'assembée de révision

1. Voir *Charters and Constitutions* aux noms de ces différents Etats.

(convention constitutionnelle, en langage technique) ne portent ni sur la déclaration des droits, ni sur la division des pouvoirs; il s'agit simplement de modifications qui peuvent sans doute avoir une grande importance, mais qui, jusqu'ici du moins, n'ont jamais altéré les grandes lignes.

Un homme dont le nom est devenu historique, et avec lequel j'ai eu de longs rapports d'amitié, M. James A. Garfield, avait étudié beaucoup cette question des changements constitutionnels dans les Etats; je crois devoir consigner ici le jugement qu'il portait ; comme ceci n'a jamais été imprimé, son opinion peut intéresser. D'après lui, la pratique suivie était excellente; si une idée nouvelle se produisait, si un besoin nouveau se créait, ils pouvaient aisément trouver moyen de s'imposer à un Etat; là l'expérience se faisait sans grand ébranlement pour l'ensemble des Etats-Unis. Réussissait-elle; les autres Etats l'adoptaient. Le résultat prouvait-il au contraire que la réforme adoptée n'avait pas de raison d'être, il était aisé, même pour l'Etat qui l'avait tentée, de revenir en arrière ; je crois cette observation parfaitement juste.

On découvre aisément d'autres raisons, et celles-ci très fortes, qui empêchent d'aller trop loin; sans doute il faut marquer en premier lieu l'esprit conservateur de la race, la force de la tradition; mais il ne faut pas oublier non plus que la constitution des Etats-Unis s'est mise en travers de bien des choses, et que, par des dispositions positives, il a été interdit aux Etats de faire certains actes, de prendre certaines mesures.

Voici d'abord le texte : « aucun Etat ne votera d'acte (législatif) imposant une pénalité à un citoyen (bill of attainder); il n'adoptera pas non plus de mesures ayant un effet rétroactif ni de lois affectant les obligations résultant des contrats; il n'accordera pas non plus de titres de noblesse ». Le dernier membre de phrase a pu avoir de l'importance; au moment actuel il n'en a plus; mais tout le reste de la section est du plus haut intérêt[1].

Ici l'autorité suprême intervient et elle signifie aux Etats l'interdiction de faire certains actes [2].

1. *Constitution*, article I, section 10.

2. Malheureusement, au lieu de donner ici à ces disposi-

Si on compare les cent dernières années de l'histoire constitutionnelle d'Angleterre avec

tions quelque chose des développements qu'elles comportent, il est nécessaire d'en ajourner le commentaire à une autre partie de cet ouvrage. En effet, c'est l'autorité suprême qui édicte, et ici elle s'adresse aux Etats et leur impose sa volonté; comment est-il possible d'expliquer par quelles méthodes cet ordre souverain est exécuté, sans avoir fait comprendre les rouages du gouvernement fédéral, et en particulier l'organisation judiciaire des Etats-Unis? Cette connaissance devient indispensable pour reconnaître dans quels cas, par exemple, les cours fédérales peuvent être saisies d'un acte législatif contraire à la section X[e] de l'article 1[er] de la constitution, et dans quels cas il y a pourvoi ou appel d'une décision rendue en dernier ressort par une cour d'Etat, à la cour suprême des Etats-Unis; en d'autres termes, comment une constitution ou une loi d'État qui viole la section 10[me] de la constitution, peut-elle être cassée par la cour suprême des Etats-Unis? Contentons-nous donc d'énumérer ici les dispositions de cette section; et, si un jour il nous est possible de réunir les matériaux déjà préparés, et d'achever ces commentaires sur le droit constitutionnel, les questions ici réservées recevront au moins une partie des développements qu'elles comportent.

Et à côté de ces questions viennent s'en poser d'autres encore plus ardues, que soulèvent les amendements à la constitution fédérale, et surtout le XIV[e] amendement, aux termes duquel il est interdit aux Etats « de faire ou de faire exécuter une loi qui restreindrait les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis; un Etat ne privera non plus personne de la vie, de la liberté ou de la propriété qu'en exécution de la loi (without due process

cette même période de temps aux Etats-Unis, et qu'on se demande dans lequel des deux pays la constitution a subi le plus de changements, la réponse ne saurait être un instant douteuse : l'Angleterre a bien autrement modifié sa constitution depuis un siècle que les Etats-Unis n'ont amendé les leurs.

Si donc on en revient au point de départ, et qu'on essaie de comprendre le degré d'instabilité qui, d'après nombre de penseurs, est pour ainsi dire inhérent à la démocratie, il faut bien

of law), il ne refusera non plus à personne l'égale protection des lois ». Que signifient exactement ces fortes paroles? Dans une circonstance solennelle, cinq juges de la cour suprême, c'est-à-dire la majorité de la cour, les a interprétées dans un sens restrictif; M. le justicier Miller ayant parlé au nom de cette majorité, a certainement donné de puissantes raisons à l'appui de l'arrêt; mais il ne faut pas oublier que quatre magistrats ont été d'un avis contraire au sien, et ont appuyé leur opinion aussi par de très puissantes raisons. Il est encore certain que si la méthode d'interprétation adoptée en France prévalait en général, et que la cour eût à tenir compte des débats qui avaient eu lieu au congrès et surtout dans le comité, avant l'adoption de cette grande mesure, c'est la minorité qui avait raison. Je fais ici allusion à la décision connue sous le nom de Slanghter house cases (16 Wallace p. 36 et suiv.). Depuis lors la jurisprudence a changé quelque peu suivant les espèces : a-t-elle dit le dernier mot sur la question ?

en convenir, la question reste fort obscure. A mon sens cependant, voici ce qu'on peut déduire de ce qui a été dit : la souveraineté du peuple s'accommode en partie de la stabilité aussi bien que des changements incessants ; ce n'est pas elle qui produit l'une ou qui est la cause des autres. La raison de ces grands faits n'est pas là ; il faut la chercher ailleurs. Mais sans essayer d'aller plus avant dans le sujet, revenons encore une fois sur une idée qui a déjà été indiquée ; au fond de toute l'histoire de la race anglo-saxonne, se retrouve la combinaison du droit public écrit et du droit privé non écrit ; nous avons indiqué comment du rapprochement des textes et de la coutume, ou, si on l'aime mieux, de la loi écrite et de la loi faite par le juge qui s'inspire de cette coutume, est sortie cette combinaison très souple, très flexible qui a permis à la liberté du citoyen de se protéger elle-même. En même temps il a dû résulter de ce rapprochement une autre conséquence tout aussi importante ; c'est qu'entre les textes écrits qui règlent le droit public et les principes bien établis, sans doute, mais non pas immuables de la coutume, la société

civile a pu se développer insensiblement et naturellement; elle a changé sans cesse, tout comme le corps de l'homme sain change par action continue, d'après les physiologistes. Où, quand, à quelle heure se sont faits ou se font ces changements? ceci peut être souvent fort difficile à dire; mais qu'on regarde les grandes lignes du droit coutumier, telles que Bracton les a tracées au XIIIe siècle, qu'on oppose à Bracton les institutes de lord Coke au commencement du XVIIe siècle; et enfin qu'on mette en regard de lord Coke les commentaires de M. Stephens sur le droit anglais, tels qu'on peut les lire dans l'édition de 1880; évidemment, c'est au fond le même droit; on peut sans difficulté rattacher les anneaux de la chaîne, de Bracton à M. Stephens; et cependant quels changements! Qu'on prenne l'histoire de la tenure de la terre par le mode connu sous le nom de « free socage », et maintenant de « freehold »[1], on verra comment, entre ces trois points extrêmes, la transformation s'est faite. Et de même aux Etats-Unis; le droit non écrit, la coutume y change

1. C'est sur ce mode de tenure que presque toute la propriété foncière d'Angleterre est actuellement établie.

sans cesse, elle s'y plie à toutes les transformations sociales ; elle est, nous l'avons déjà dit, comme la liane flexible qui se roule autour de l'arbre et en prend les sinuosités ; aussi, pendant que le droit public interprété par la jurisprudence, reste au fond assez immobile, le droit privé est sans cesse en travail. Et qu'on regarde un peu attentivement à l'activité de ce travail ; il se fait aujourd'hui dans les cours des Etats-Unis et dans les cours de quarante-deux Etats; qu'un point nouveau soit présenté dans une espèce, aussi bien à Washington, à la cour suprême des Etats-Unis, que dans la cour de dernier ressort du Michigan ou de l'Orégon, immédiatement il devient l'objet d'une étude attentive dans tous les Etats ; et la décision qui le réglera peut avoir une influence universelle. Ainsi, d'un Etat à l'autre, d'un tribunal à l'autre, d'un barreau à l'autre, l'idée passe, se répand. Et depuis vingt-cinq ans que je suis de mon mieux ce travail d'analyse, de comparaison qui se fait sans cesse, je suis de plus en plus arrivé à comprendre comment, sous des apparences souvent ardues, difficiles à reconnaître, il se fait un progrès égal aux besoins de

ociétés comme les nôtres, où le mouvenent est devenu une loi de plus en plus impé'ieuse.

A mon sens, c'est par cette combinaison, qui n'est elle-même que le résultat de causes plus profondes dont il n'y a pas à s'occuper ici, que la race anglo-américaine a trouvé le moyen de garantir les droits de chacun, d'établir des gouvernements aussi peu changeants que l'es)rit du temps le permet, et de borner, autant [ue faire se peut, le champ livré aux disputes es plus ardentes des hommes, à leurs besoins l'expansion, de transformation, de progrès n un mot, en les renfermant dans les limites nêmes de la société civile.

Arrivés à ce point, pour compléter l'exposé le la question, telle du moins que je la com)rends, je demande la permission de rapprocher de ce qui vient d'être dit quelques faits e première importance que je vais puiser dans histoire de la France contemporaine.

Je prie le lecteur de vouloir bien reporter 'abord son attention sur l'œuvre législative ccomplie au commencement de ce siècle sous la ıprême direction et par les ordres de Napoléon.

De ses méditations, sort en quelques années toute une législation d'ensemble dont les parties principales peuvent être ramenées à trois divisions.

La première comprend les cinq codes, destinés à régler le droit privé, la procédure civile, l'instruction criminelle et la répression des crimes et délits.

La seconde constitue toute cette puissante machine de politique et d'administration qui place la France sous la main du premier consul, et le département et la commune sous la main des agents du pouvoir exécutif.

La troisième reconstitue l'église ou, si l'on veut, les différentes églises. Nous laisserons de côté cette troisième division qui n'a rien à faire, au moins en un sens, avec le sujet que nous allons examiner.

Revenons donc aux cinq codes, et parlons d'abord du code civil. Le succès de cette œuvre est connu de tous; l'esprit le plus libéral et le plus libre que la France ait produit dans la première partie de ce siècle, feu M. le duc de Broglie, n'y a pas trouvé plus à reprendre que M. Thiers lui-même; et la meilleure

preuve qu'on puisse donner de la vitalité de ce code, c'est qu'il existe à peu près intact au moment actuel.

Ce succès est dû surtout à une cause, c'est que le code civil donnait sa forme définitive à la Révolution française; il en était la consécration. En effet, si pour quelques esprits d'élite, la Révolution a été faite en vue d'assurer la liberté politique, aux yeux du gros de la nation, elle a eu pour objet principal de faire disparaître toutes les inégalités de condition ou de droits que le passé avait créées ou laissé subsister entre les hommes ; et surtout, et bien plus encore, elle a amené la plus grande expropriation et la plus grande revente de terres qui ait jamais eu lieu dans aucun pays connu de l'histoire. J'ignore si la statistique déterminera jamais la proportion exacte des propriétés foncières qui changèrent de main de 1790 à 1799, par rapport à la surface totale du territoire ; mais que cette proportion ait été du tiers ou même du quart, le résultat reste le même. Le monde n'avait jamais vu un pareil déplacement de richesse et d'influence se faire dans neuf années. Le code civil, en donnant des lois uniformes desti-

nées à s'appliquer également à toutes les par
ties d'un territoire ainsi remué jusque dans
ses fondements, consacrait d'une manière pa
cifique l'œuvre extraordinaire qui s'était a
complie violemment jusque-là, et il disposa
tellement les choses que, s'il restait encore u
partie du sol qui dût être soumise à un trava
paisible de division, de vente et de changeme
de propriétaire, l'action régulière de la l
entreprenait de l'achever.

La Révolution se complétait donc naturel
ment : et en édictant les règles immuables q
devaient s'appliquer à cet immense corps fra
çais, Napoléon faisait, en un sens, œuvre de s
gesse. Mais avait-il prévu l'effet que devait pr
duire une pareille entreprise ? Avait-il comp
qu'en dictant un ensemble de règles aussi p
arbitraires que faire se pouvait, mais tou
puisées nécessairement dans les précédents q
lui fournissaient ses légistes, il disposait po
l'avenir, pour tout l'avenir au nom de l'ex
rience antérieure ou des seules prévisions de s
esprit ; qu'en un mot, le code qu'il faisait vo
devait nécessairement immobiliser les homn
au point même où il les plaçait. Et chose c

rieuse! l'esprit français s'est si bien adapté à ce moule, qu'il n'a pas même observé qu'il y était emprisonné. Les confusions, les embarras, les conflits entre les décisions de la jurisprudence qui sont les résultats inévitables de ce système et que tous les Anglais et tous les Américains, même les admirateurs du code civil, ont remarqués depuis cinquante ans, n'y ont rien fait, et toutes les critiques n'y feront probablement rien [1].

Un mot seulement sur le code d'instruction criminelle et sur le code pénal : ici c'est le maître de près d'un tiers de l'Europe continentale qui dicte ses lois à ses sujets ; il retient le jury de jugement des institutions libres ébauchées par la constituante ; mais il garde aussi et surtout le principe même de la procédure criminelle de l'ancienne France ; le juge doit s'efforcer par tous les moyens que la loi ou

1. Amos Sheldon, jurisconsulte si connu et si favorable au principe de la codification, disait : « les plus grandes incertitudes et les plus grandes variations qui aient jamais été reprochées au droit anglais, ne sont rien plus que des aberrations insignifiantes, quand on les compare à ce qu'il faut de préparation à un avocat français pour donner son avis à un client » (Amos'Sheldon ; an english code, p. 125).

le pouvoir discrétionnaire lui confie, d'arracher à l'accusé l'aveu de son crime; la torture physique reste abolie, mais la torture morale est maintenue. Qu'on relise la procédure criminelle de Pothier et qu'on la compare avec celle du code édicté sous Napoléon; alors on décidera s'il y a progrès de l'un à l'autre.

Quant au code pénal, il y est parlé de délits contre la liberté individuelle. Mais ceux-là même ont dû sourire qui ont préparé ces articles, en voyant comment ils savaient les rendre inapplicables.

Ainsi, au lieu du droit commun anglais, de cette coutume qui recherche dès les temps reculés du moyen âge, à mettre à profit les articles des chartes des libertés, à trouver moyen de se servir de précédents pour appliquer aux faits, c'est-à-dire au maintien des libertés et des droits du sujet anglais, les stipulations consenties par le roi, dans le droit privé Napoléon a introduit et fait adopter des articles inflexibles, portant sur l'avenir, et lui infligeant d'avance toutes les maximes du despotisme. Ici point de droits réservés au citoyen. Il s'agit seulement de formes de procédure; ces formes peu-

vent couvrir l'essence même de la tyrannie; nul ne semble même s'en douter.

Voilà donc une grande législation gravée sur des tables d'airain, qui, dans un pays qu'on dit changeant et mobile, a tout prévu par le moyen de règles formulées d'avance et, par conséquent arbitraires, et qui a soumis tout Français à son empire, sans jamais provoquer autre chose que des modifications partielles, incapables d'altérer la physionomie de l'ensemble[1].

A côté de ce que l'on peut nommer la cristallisation du droit privé, il faut placer la grande conception d'une machine politique et administrative qui, partant du premier consul, va atteindre toutes les parties du territoire ; au gouvernement central est rattaché le département, au département les communes ; le ministre transmet l'ordre, le préfet l'exécute, le peuple obéit; mesures politiques, mesures administratives,

1. On ne saurait trop méditer la brochure que l'un des plus éminents légistes américains, M. James C. Carter, a tout récemment consacrée à ce sujet; elle a pour titre : *the provinces of the written and of the unwritten law ;* il lui sera encore fait de fréquents emprunts dans les pages suivantes.

tout émane d'un même point et radie parto enfin il est bien entendu qu'aucun tribunal droit commun ne s'immiscera dans l'actio gouvernementale. S'il y a sujet à réclamatio c'est l'administration elle-même qui décidera Juge et partie, qu'importe; le premier consul réglé qu'il en serait ainsi.

On a sans doute prouvé d'une façon merveilleuse, et c'est la gloire de M. de Tocqueville de l'avoir fait, que l'ancien régime avait appliqué ce beau système. A y regarder d'un peu plus près, on pourrait, je crois, découvrir aisément que l'inventeur en a été le César romain ; mais quoi qu'il en soit, rien, en fait d'administration, n'était arrivé à la perfection que lui donna le premier consul. On a beaucoup répété une phrase de Mirabeau, écrite au roi Louis XVI après les grandes démolitions de la Constituante ; il voit une surface unie et plane, et il ajoute qu'elle « eût plu à Richelieu ». Ceci contient une grande vérité et, probablement, une erreur historique. La surface unie et plane dépeint bien la France dès que les matériaux de démolition vont être enlevés ; mais il n'est pas certain que cela eût plu à

Richelieu. Au contraire, c'était le fait de Napoléon.

Avec les codes placés entre les mains de magistrats qui représentent exactement la moyenne de l'esprit du maître, avec cette machine politique et administrative dont il tient en main le ressort principal, l'ordre sorti de la révolution est solidement fondé; la révolution elle-même a triomphé dans ses objets principaux, et le maître a constitué l'ordre nouveau de telle sorte qu'aucun parti politique n'y existe plus dans des conditions où il puisse pousser dans le sol des racines profondes.

C'est sur cette société immobilisée dans ses institutions civiles comme aucune autre société ne l'avait été jusque-là, ni dans l'antiquité romaine, ni depuis, que l'on voit se greffer ou plutôt se superposer les institutions politiques. Celles-ci, dans la pensée des auteurs de la constitution de l'an VIII, comme d'ailleurs dans celle des auteurs des chartes qui lui ont succédé, sont présumées aussi immuables que le droit privé, que le droit administratif; les pouvoirs publics, dans le système de ces implacables logiciens, sont chacun enfermés dans un cadre

de fer, et tous ces cadres sont eux-mêmes enfermés dans un cadre plus grand où la nation n'a plus qu'à rester comme dans une geôle. C'est tout à fait la machine à vapeur qu'un célèbre romancier anglais a décrite ; l'inventeur a tout prévu, tout deviné ; dès le xve siècle, il a résolu le problème ; enfin le moment d'expérimenter est arrivé, mais l'auteur n'a pas pensé à la soupape de sûreté ; aussi, à la mise en mouvement, une épouvantable explosion vient tout briser. Et de même en France ; une nation de premier ordre dans l'histoire, qui a des facultés et une vitalité incomparables, qui en même temps, est nerveuse, impressionnable comme l'ont été et le seront toujours les nations artistes, a été soumise et s'est soumise, ou par insouciance, ou par ignorance, ou par nécessité, à l'expérience la plus extraordinaire qui ait jamais été tentée sur nation vivante ; elle a été immobilisée dans tous les accès de son droit privé ; les droits du citoyen n'ont plus existé que de nom ; à leur place on a mis des articles de procédure criminelle empruntés aux codes romains ; on lui a donné un droit administratif qui aurait fait pâmer d'aise

Dioclétien ou Théodose. Et puis, pour compléter l'édifice, pour le couronner, comme cela se disait, on a posé sur le sommet une constitution politique immuable; il fallait cependant bien que la machine éclatât sous la pression des milliers d'atmosphères de vie comprimés de la sorte!

Et si maintenant on veut bien se rappeler qu'aucune des parties de cet ensemble extraordinaire n'était aussi solide que celles qui réglaient la société civile, et qu'au contraire les parois de la machine politique étaient et sont toujours restés les plus faibles, il est tout naturel que la pression soit devenue plus forte là même où la résistance était moindre. De là ces violentes explosions qui se sont produites de temps à autre dans ce siècle. Il y a bien des années, quand j'ai commencé à réfléchir à ces questions, et à rechercher comment ces soudaines secousses qu'on nomme assez improprement les révolutions, pouvaient se produire sur le sol français, ainsi que d'autres, j'étais surtout surpris de leur fréquence ; aujourd'hui je serais plutôt porté à penser qu'il est surprenant qu'il n'y en ait pas eu davantage; et je

me demande si la nation qu'on a accusée d'inconséquence, de témérité, de folie, n'est pas au contraire une des plus endurantes, des plus soumises et des plus dociles.

Et il faut bien le dire ici, le premier symptôme de retour à la raison a été marqué chez le législateur français par la constitution de 1875; celle-ci au moins n'avait pas la prétention de tout régler, de tout immobiliser. Quelques principes très simples, quelques règles soumises à l'interprétation et aux changements que la pratique imposera; en un mot un cadre, mais non plus un cadre de fer. Sous ce régime, la soupape de sûreté s'est au moins trouvée au point essentiel; est-ce pour cela que l'explosion périodique ne s'est pas produite ?

Voilà donc la souveraineté du peuple sous des régimes bien différents ; elle s'accommode des uns et des autres. Aux Etats-Unis, née au milieu d'institutions libres, elle s'y est faite, et il ne saurait être prouvé qu'elle les sape. Sans doute, soit à son contact, soit à cause d'elle, soit pour d'autres raisons auxquelles elle est étrangère, certaines institutions dont nous avons parlé ont dû changer de caractère ; mais

ne faudrait pas non plus trop exagérer l'im-
rtance de ces faits, quelle qu'en soit la cause;
somme elle a été fort à l'aise au milieu des
stitutions libres, et tout semble indiquer qu'il
sera longtemps ainsi.

Au contraire, en France, née du sein d'ins-
utions monarchiques, soumise dans sa pé-
ode de formation à un système extraordinai-
ment violent d'orthopédie, la souveraineté
peuple s'est laissé immobiliser dans un appa-
l comme le monde occidental n'en avait
nais connu. Chose bien remarquable, elle a
uvé excellent qu'au nom de l'expérience du
ssé, et de par les raisonnements d'une dou-
ne de légistes, on lui imposât et pour le pré-
it et pour l'avenir un droit privé immuable.
s raisons historiques, des passions sociales
lant, elle en a toujours été charmée; ses
oits les plus sacrés étaient, il est vrai, sacri-
s; mais elle n'a même pas paru y prendre
rde. Elle n'a pas regimbé non plus contre le
stème administratif que le premier consul
ait fait à sa propre image et ressemblance;
ose plus étonnante, elle y est restée passive-
nt soumise. Enfin quand une demi-douzaine

de régimes politiques sont venus tour à to
s'imposer à elle avec un code de droit publ
qu'ils prétendaient être immuable, elle a par
non moins les accepter avec résignation ;
si, de temps à autre, il s'est produit un éclat q
a brisé en pièces tout le code de droit public
les choses n'en ont pas moins repris bien vit
leur marche ordinaire.

CHAPITRE XI

LA SOUVERAINETÉ DU PEUPLE ET LE DROIT COUTUMIER.

Avant d'en venir à l'examen des droits inhérents à l'homme ou au citoyen, je crois important de mettre encore une fois en regard les principes du droit anglais et ceux du droit américain, tels qu'ils sont enseignés et appliqués aujourd'hui même ; peut-être, de cette façon, on comprendra mieux ce qu'est réellement la société américaine, et peut-être aussi concevra-t-on une idée plus juste du principe vague, indéfini de la souveraineté du peuple.

Prenons les grands ouvrages de droit qui sont classiques en Angleterre et aux États-Unis ; voici tout d'abord Blackstone. Remanié en An-

gleterre par M. Stephen dans ses commentaires en quatre volumes, il y est, pour ainsi dire, rajeuni, mis, si on le préfère, au courant de la science juridique de notre temps. Aux Etats-Unis il a été aussi réédité, enrichi de citations tirées de la jurisprudence ; de cette façon, il est devenu le livre où presque tous les étudiants en droit apprennent les éléments de la science ; Blackstone est, si on peut le dire, la source commune où les deux peuples viennent également puiser.

Voici maintenant un livre américain ; celui-ci a été écrit par un des jurisconsultes les plus connus des Etats-Unis ; je veux parler des commentaires du chancelier Kent ; on me dit qu'ils jouissent en Angleterre d'une grande autorité. En tous cas j'ai pu constater que l'ouvrage est très souvent cité dans les volumes de la jurisprudence anglaise. On peut mentionner, d'autre part, de grandes autorités anglaises : Sugden on Powers, Comyns digest, Broom's commentaries on common law. J'en nomme trois entre bien d'autres ; ces livres anglais sont à leur tour dans toutes les bibliothèques de droit des Etats-Unis. Il faut nommer, d'autre part,

éminent jurisconsulte américain, M. Story, ;eur de très importants commentaires ; ses res sont partout cités en Angleterre. Mais ·lons de l'enseignement des principes élé-ntaires du droit : la décision principale où doctrine de la chose jugée a été établie, est ınue de tout étudiant ; c'est l'espèce de la chesse de Kingston; affaire anglaise, elle expliquée dans les écoles de droit des Etats-ıis. Allons plus haut : ouvrons les volumes la jurisprudence récente de la cour suprême s Etats-Unis; cherchons dans ces recueils un rêt qui, de nos jours, ait fait faire un pas à jurisprudence; voici, par exemple, celui où a été décidé comment le fonds affecté par un ien » (sorte d'hypothèque) à la garantie d'une éance, peut être recherché par le créancier ; « opinion » est écrite par un des maîtres de science du droit ; les principaux précédents néricains qui s'appliquaient à l'espèce y sont ıalysés ; puis, pour étayer et soutenir ses nclusions, le magistrat qui tient la plume, ıppuie sur un précédent anglais de date ré-nte, et c'est une décision de sir Georges ssel, Maître des Rôles, qui justifie et ex-

plique en grande partie celle de la cour suprême[1]; je cite cet exemple entre mille autres.

Remontons plus haut encore : ici nous sommes dans les régions du droit public. Parcourons le journal de Maclay que j'ai cité plus haut; l'auteur observe sans cesse que, dans le sénat et dans la chambre de 1789-1790, les précédents anglais ont une force à laquelle, pour son compte, il essaie vainement de résister, « ici tout est anglais », répète-t-il plusieurs fois; et comment pouvait-il en être autrement, puisque le droit coutumier anglais était le droit du pays, que les formes constitutionnelles américaines étaient elles-mêmes modelées sur les principes anglais, et que ces libertés pour lesquelles les colonies avaient fait la guerre et s'étaient séparées, étaient toutes des libertés anglaises ?

Et maintenant où en sont les droits qui régissent les deux peuples ? Il serait téméraire de ma part d'essayer de le dire avec précision;

1. Bank V° insurance ; 104 U. S... Et ainsi de suite en ce qui regarde les décisions relatives aux « uses and trusts », et à toute la jurisprudence d'équité ; de même pour les principes du droit coutumier.

connaissance du droit anglais ne suffirait
, il faudrait aussi avoir été mêlé à la pra-
ıe des choses en Angleterre; cependant,
t en parlant ici avec beaucoup de réserve,
crois qu'on peut établir cette distinction :
ςit-il des droits du citoyen américain et de
x du sujet anglais, c'est-à-dire de l'objet
ne de ce livre? A part la question de la li-
té religieuse, qui, nous le verrons, ne saurait
entendue de même dans les deux pays, je
is que l'anglais et l'américain ont main-
u presque les mêmes principes ; et qu'après
t ans de séparation, les droits individuels
'un et de l'autre sont à peu près équivalents.
pense encore que, sauf en ce qui a été dit
la manière d'interpréter la loi en la com-
ant à la constitution, le magistrat anglais
rce des pouvoirs tout aussi protecteurs de la
rté du sujet anglais que le magistrat améri-
n. Sur ces points capitaux, les deux peuples
ıtendent; aussi les voit-on marcher à la
ne lumière, s'éclairer des mêmes principes.
Ainsi que je l'ai déjà marqué plusieurs fois
cours de ce travail, dans le droit qui règle
propriété foncière, se produisent les plus

grandes différences ; il est évident que les deux formes de tenure foncière, telles que le droit anglais les définit aujourd'hui, et particulièrement celle connue sous le nom de *freehold*, qı est presque d'un usage général en Angleterr se rapprochent plus du droit féodal que de l'a leu, exclusivement en usage de nos jours aı Etats-Unis [1].

1. M. Stephen, dans le premier volume de ses comm taires sur les lois anglaises, p. 187, dit en parlant du xv siècle : « Les quatre sortes de tenure susnommées se réd sirent à trois par l'effet du temps : à savoir celle service du chevalier, celle du « free socage » (intradu ble), et celle du « copyhold » (intraduisible) ; ces tı dernières ont existé en Angleterre jusqu'au XVIIe siè et les deux dernières subsistent aujourd'hui », p. 204 vol c'est en « free socage » « que par le statut (de Charles toutes tenures fondées sur le service du chevalier ont converties » ; p. 209, vol. I : « la tenure en « free socage » celle en vertu de laquelle la grande masse de la propr foncière est possédée dans ce royaume au moment actı on la connait mieux sous sa dénomination moderne « freehold ». (Stephen, *Commentaries on the laws of Engl* 8[e] édition, 1880.)

Ceci suffit pour indiquer le caractère encore féodal la tenure anglaise : il n'est pas à dire pour cela qu'il y aujourd'hui en Angleterre des droits féodaux, comme en avait il y a trois cents ans ; mais leur abolition n'a changé la nature des rapports que le droit antérieur a créés. Je n'entre pas dans plus de détails ; ceux qui aura

faut aussi tenir compte en Angleterre, du de primogéniture; enfin ne pas oublier ə droit de substitution, bien que limité par ıesures législatives fort importantes, n'en as moins beaucoup plus étendu qu'il ne ıux Etats-Unis. Par conséquent, si, d'une les deux sociétés se ressemblent dans les s les plus essentiels, de l'autre elles diffè- encore en ce qui regarde le régime de la , en ce sens que la tenure anglaise garde 'e sa forme extérieure, affectée par la tra- ı féodale, tandis qu'aux Etats-Unis elle ɜvenue entièrement allodiale. On pourrait relever d'autres détails; mais je les passe ıe moins importants; car nous avons constaté toutes les différences essentielles ıxistent aujourd'hui. Combien de temps .t-elles maintenues? combien d'années 'a-t-il encore pour que les successions ənnent à être réglées en Angleterre à peu comme elles le sont aux Etats-Unis? Im- ble sans doute de le dire; mais plus impos-

iosité de s'instruire sur ce sujet peuvent lire avec up de fruit M. Stephen dont je viens de parler, et 'bert Broom « *Commentaries on the common law* ».

sible encore de douter que les choses en viendront là. Par conséquent, on peut prévoir le moment où les deux droits deviendront presque absolument pareils. Alors que restera-t-il qui soit de nature à distinguer les deux pays? Sera-ce bien longtemps encore la forme de leurs institutions politiques? Ici j'aime mieux ne pas prévoir : ami jusqu'au bout des « formes républicaines de gouvernement », telles que je m'efforce de les expliquer, et dont j'apprécie d'autant plus les avantages que j'en comprends peut-être mieux la puissance protectrice, j'espère cependant ne pas voir disparaître de mon temps cette grande ombre monarchique qui, depuis Montesquieu jusqu'à nos jours, a attiré l'attention des plus grands esprits, commandé leur respect, reçu leurs hommages, et qui a pu allier la liberté humaine aux traditions d'un glorieux passé. Toutefois le temps est impitoyable, et là aussi il accomplira son œuvre.

Mais encore une fois, qu'est-ce que la doctrine de la souveraineté du peuple pourrait faire en réalité pour changer les institutions vitales, les parties essentielles du système anglais? N'arriverait-il pas là ce qui est arrivé

aux Etats-Unis? Si la souveraineté du peuple avait même le génie malfaisant qu'on se plaît souvent à lui attribuer, elle ne pourrait pas renverser les barrières préexistantes à son avénement ni s'attaquer aux droits mêmes de l'individu ou des corps autonomes. Le passé, l'esprit du peuple, les institutions, la tradition, la jurisprudence lui barreraient le chemin; par conséquent, même en essayant de plonger les yeux dans l'obscurité de l'avenir, je ne saurais apercevoir du côté des doctrines de la souveraineté du peuple aucun danger, qui soit aussi redoutable pour l'avenir de l'Angleterre qu'on se plaît à les représenter.

Encore une fois, il me paraît que l'erreur principale a été de se figurer partout et dans tous les pays, la souveraineté du peuple comme une sorte de principe unique, immuable et toujours le même; en ce point on arrive à tomber dans une fatale erreur. Il n'y a pas un érudit de notre temps qui soutiendrait que la féodalité ait été exactement la même en France, en Allemagne, en Angleterre; ceux qui ont étudié les faits, ont constaté des différences essentielles entre l'organisation féodale de ces

divers pays ; il n'est pas vrai non plus que la monarchie de Philippe II d'Espagne ait ressemblé à celle de Henry IV de France ou à celle de la reine Elisabeth d'Angleterre. La souveraineté dupeuple ne constitue pas non plus un principe entier, absolu, immuable. Elle est même bien moins portée à imposer partout et à tous une forme unique de domination que ne l'ont été la féodalité et la monarchie. Et par une raison bien simple : c'est que, jusqu'ici du moins, la souveraineté du peuple n'a nulle part fondé des institutions qui lui fussent propres ; aux Etats-Unis, comme en France, elle s'est accommodée de toutes les institutions les plus différentes, les plus opposées. Elle s'est ajustée aux principes du droit coutumier d'Angleterre, comme elle s'est couchée dans le lit orthopédique que Bonaparte avait dressé pour elle. Dans les deux situations les plus opposées que l'on puisse imaginer, elle s'est, paraît-il, trouvée également à l'aise ; plus accommodante sous ce rapport que la féodalité ou la monarchie, elle n'a rien changé ou pour mieux dire elle a très peu modifié. A la voir à l'œuvre, on en vient à penser que l'on a eu d'elle une idée

trop haute, ou une terreur exagérée; qu'elle a été tour à tour vantée ou décriée et jamais regardée bien en face. Dans un chapitre précédent, nous avons essayé de marquer dans quelles limites la souveraineté du peuple avait pu agir sur la puissance législative; un peu plus tard, nous aurons encore l'occasion de dire en quoi elle a affecté certains détails de l'organisation sociale ou politique; mais le soin même que nous sommes obligé de mettre à rechercher ces divers faits, montre combien peu elle a été ambitieuse, dominatrice, et combien peu elle s'est montrée déterminée à affirmer des principes absolus.

D'ailleurs si la doctrine de la souveraineté du peuple avait en elle ces principes absolus, il serait évident que l'on pourrait, après plus de cent ans écoulés, en constater bien aisément les effets aux Etats-Unis et en France. Les deux pays soumis l'un et l'autre à cette puissance souveraine, porteraient l'un et l'autre des traces reconnaissables de son unité dans la domination. En admettant même des différences de détail, comme il y en a eu entre la féodalité française et la féodalité allemande, par exemple, alors que vers le commencement du XIVe

siècle on voit la France et l'Allemagne soumises à un principe qui leur est commun [1]. Il en a été de même pour le système monarchique. En reprenant l'exemple cité un peu plus haut, il est bien clair que, malgré de grandes différences dans l'organisme, le principe de la royauté au XVIe siècle, est commun à la France, à l'Espagne et à l'Angleterre. Mais aujourd'hui, voici les Etats-Unis et la France. La souveraineté du peuple y existe également; et cependant y a-t-il, excepté en ce qui regarde l'étiquette républicaine que les deux pays portent, une seule ressemblance entre leurs institutions fondamentales? Dans plusieurs occasions, il m'est échu de préparer des réponses aux toasts portés « à la France, l'ancienne alliée des Etats-Unis ». Comme je ne voulais pas répéter les vieilles phrases sur le général de La Fayette, j'ai cherché avec soin, mais bien inutilement, je l'avoue, un point de rapprochement, au moins un point de contact entre les institutions sociales et politiques des deux pays,

1. Je nomme le XIVe siècle à cause de l'Allemagne; il m'a toujours paru que la féodalité allemande s'est définitivement constituée beaucoup plus tard qu'en France.

et je n'ai pu en découvrir un seul. Notre code civil, avec ses prescriptions inflexibles sur le partage égal des successions, avec sa volonté de s'opposer à toute forme de substitution, niant, comme il le fait, presque toute disposition de la propriété par voie de fidéicommis, est juste le contraire du droit coutumier.

En même temps nos institutions civiles, pénales et politiques atteignent et frappent partout l'association libre; en France, il semble que ce soit l'ennemie qu'il faille étouffer; aux Etats-Unis, elle est au contraire la protégée du droit. Plus haut encore dans l'ordre des institutions apparaissent les droits de l'homme; en France on peut à peine en retrouver les débris, tellement ils sont écrasés entre les articles du code d'instruction criminelle et du code pénal; aux Etats-Unis ils constituent des droits sacrés, réservés aux citoyens.

Il est vrai que les deux pays ont l'étiquette républicaine; mais cela suffit-il pour qu'ils se ressemblent? D'aucuns le disent; pour moi je suis loin de partager leur manière de penser, et je crois qu'il y a infiniment plus d'analogie entre la forme républicaine de gouvernement

des Etats-Unis et la monarchie d'Angleterre, avec M. Gladstone ou lord Salisbury comme premier ministre, qu'il n'y en a entre cette même forme républicaine de gouvernement et la République, telle qu'elle existe en ce moment en France. Non pas assurément que je me prononce contre cette dernière; au contraire, je la crois susceptible de se transformer, et peut-être, en se transformant, de s'établir à demeure. Je ne serais donc nullement étonné que l'avenir lui appartînt; mais, jusqu'ici du moins, ce n'est pas une raison de penser qu'elle ressemble en rien à cette république qui, commençant si modestement en 1789, en est arrivée à être le gouvernement respecté et incontesté d'une des grandes puissances de ce monde.

Ces simples remarques me semblent compléter ce qu'il m'a paru nécessaire de dire sur la souveraineté du peuple; je passe maintenant à la question proprement dite des droits du citoyen.

CHAPITRE XII

GARANTIES DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE
DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES.

Ainsi que nous l'avions fait pressentir, nous avons un peu renversé l'ordre qu'ont suivi les rédacteurs de la déclaration d'indépendance; nous avons parlé de la souveraineté du peuple, avant de nous arrêter sur le membre de phrase qui précède; c'est cependant le plus accentué, le plus fortement exprimé de toute la déclaration. Ici le rédacteur affirme que tous les hommes « ont été doués par le Créateur de certains droits inaliénables, parmi lesquels sont la vie, la liberté et la poursuite du bonheur. C'est pour les assurer, que les gouvernements sont institués parmi les hommes ». Je demande

pardon de l'incorrection qui frappe l'œil dans cette phrase ; je l'ai rendue mot à mot et je ne voudrais pas, malgré les règles qui gouvernent l'expression de la pensée française, altérer un mot du texte. En ces courtes lignes, tout le passé anglais revit ; les parties saines de la philosophie de Locke s'y unissent aux déclarations de la grande charte et de ses confirmations ; et le résultat de l'histoire de cinq ou six siècles y est écrit en caractères qui ont tout le relief nécessaire pour être vus de loin dans les siècles à venir.

A un certain point de vue nous sommes donc en présence d'un être humain faible, presque impuissant ; sa force physique ne peut rien contre la force physique des masses d'êtres humains qui l'entourent ; la résistance qu'il peut opposer aux volontés arbitraires du souverain n'est rien non plus, en un sens ; sous le gouvernement populaire de certains pays, il eût pu être mis en pièces à certains moments, s'il eût déplu à un délateur ; sous le gouvernement du César romain, il n'aurait aucun droit. Ici rien de pareil ; il a des droits absolus ; et, ni le peuple en fureur, ni le maître

dans son palais ne sauraient y porter atteinte. A qui est-il redevable, je ne dirai pas de la protection qui l'entoure, mais des droits absolus qui sont inhérents à sa personne ? D'abord à ses ancêtres anglais qui ont conquis ses droits, en second lieu à lui-même qui a su les maintenir et les agrandir.

Ici il faut revenir avec plus d'insistance encore que précédemment sur l'idée du contrat bilatéral qui est déjà au fond de la grande charte de 1215. Cette charte des libertés, nous l'avons dit, est un contrat signé entre les parties. « La charte du roi Jean, explique parfaitement M. Broom, tient de la nature d'un contrat bien plus que ne le fit aucune de celles accordées par ses prédécesseurs. »

« Elle fut en fait précédée et compilée de certaines conventions entre les rois et les barons, tout comme une convention ordinaire est souvent rédigée d'après les mémorandums imparfaits ou d'après les têtes d'articles antérieurs sur lesquels les deux parties sont d'accord[1]. »

Les termes principaux de ce contrat, ceux-là même qui se retrouvent à chaque pas de l'his-

1. Voir Broom British constitutions, p. 369.

toire des libertés, depuis la grande charte de 1215 jusqu'au XIVe amendement à la constitution des Etats-Unis, ont été cités plus haut; pour ne pas nous répéter, nous traduirons quelques passages d'un autre document presque aussi mémorable, où ils sont réitérés en termes d'une merveilleuse netteté : c'est la pétition du droit dont s'agit :

« Attendu que, par le statut appelé la grande charte des libertés d'Angleterre, il est déclaré et ordonné qu'aucun homme libre ne sera pris, ou emprisonné, ou dessaisi de sa libre propriété, ou de sa liberté, ou de ses libres coutumes, ou ne sera mis hors la loi, ou exilé, ou en aucune manière « détruit », à moins que ce ne soit par le jugement légal de ses pairs ou par la loi du pays » ;

« Et attendu que dans la vingt-huitième année du règne du roi Edouard III, il a été déclaré et ordonné par autorité du Parlement, que nul homme, de quelque état ou condition qu'il fût, ne serait évincé de sa terre ou de sa tenure, ou pris, ou emprisonné, ou privé de son héritage, ou mis à mort sans être d'abord amené à répondre par une procédure légale » ;

« Néanmoins contre la teneur desdits statuts le Votre royaume à cette fin édictés, plusieurs de Vos sujets ont été récemment emprisonnés sans cause établie ; et quand, pour être remis en liberté, ils ont été produits devant Vos justiciers par writ d'*habeas corpus* de Votre Majesté, afin que là il en fût disposé comme la cour l'ordonnerait ; et quand leurs gardiens eurent reçu l'ordre de certifier la cause de leur détention, aucune cause ne fut certifiée, sinon qu'ils étaient détenus par ordre spécial de Votre Majesté signifié par les lords de Votre conseil privé ; et ce nonobstant, ils (ces détenus) ont été renvoyés dans différentes prisons, sans qu'il se fût produit aucune accusation à laquelle ils pussent répondre d'après la loi. »

« Les lords et les communes prient donc humblement Votre très excellente Majesté qu'aucun homme libre ne soit emprisonné ou détenu d'une manière semblable à celle dont il vient d'être parlé [1]. »

C'est à cette demande du Parlement, à laquelle je me suis efforcé en traduisant, de lais-

1. Voir *stubbs select charters*, p. 515.

ser quelque chose de son incomparable énergie, qu'après quelques hésitations, Charles Ier opposa enfin la formule solennelle d'acceptation : *soit droit fait comme est désiré.* »

Je cherche en vain dans mes souvenirs l'exemple d'un autre peuple, qui ait montré une persistance semblable et une résolution pareille à celle que l'Angleterre a eues sur le sujet des droits personnels de l'Anglais.

Bien avant le XVIIIe siècle, a dit M. May, « les Anglais jouissaient, par droit de naissance, de la liberté individuelle plus estimée qu'aucun autre droit civil, et gardée avec un soin plus jaloux ; elle avait été assurée avant les privilèges politiques. » « Les franchises de la grande charte étaient fermement établies au XVIIe siècle. La chambre étoilée était tombée ; le pouvoir de faire des emprisonnements arbitraires avait été arraché à la couronne et au conseil privé ; la liberté individuelle avait été protégée par l'acte d'*habeas corpus* [1] ».

Ce passage se trouve au commencement du chapitre de l'excellente histoire constitutionnelle d'Angleterre, où M. May raconte comment

1. May, *Constitutionnal history of England*, vol. II, p. 245.

› posa en 1762, la question des pouvoirs d'un
›crétaire d'Etat de la couronne à procéder par
oie de mandats généraux d'arrestation ; et
›mment la justice, saisie dans une espèce
élèbre, déclara par l'organe de lord Mansfield
ue seul « le magistrat devait prononcer et
ıstruire l'agent chargé de l'exécution [1]. »

Dans cette même année 1762, le même secré-
aire d'Etat avait émis un mandat général de
›erquisition pour rechercher et saisir certains
ibelles. Ici encore la justice saisie, dit par
'organe de lord Cambden : « si ce point était
lécidé en faveur de la compétence, les bureaux
›t les tiroirs de tout sujet de ce royaume
›eraient exposés aux recherches et à l'inspec-
ion d'un agent, » « ce pouvoir ainsi exercé
›ar le secrétaire d'Etat, a d'abord pour effet
ıne exécution sur tous les papiers de la per-
onne. Sa maison est pillée, ses papiers les plus
récieux lui sont enlevés, avant qu'une auto-
ité compétente ait déclaré que la pièce au sujet
› laquelle l'individu est accusé soit criminelle,
› avant que l'accusé soit lui-même convaincu
› l'avoir écrite, publiée ou même d'avoir eu

1. Ibid. p. 248.

rien à faire avec elle. » Ce jugement aboutit à la condamnation unanime de pareilles pratiques.

Voilà donc où en était arrivée la question de la liberté individuelle au moment même où les colonies de l'Amérique du Nord se séparèrent de la métropole.

Il n'y a qu'à ouvrir maintenant les constitutions de tous les Etats des Etats-Unis, et on verra dans chacune d'elles avec quel soin jaloux l'héritage de liberté est préservé, et, s'il se pouvait, augmenté. En étudiant cette grande page de l'histoire, on sent partout l'instinct de la chose acquise, celui de sa préservation, et aussi l'orgueil de la conquête achevée. Evidemment il ne reste plus guère qu'à maintenir les choses en l'état.

Pour ne pas multiplier des citations qui ne feraient que répéter les mêmes idées, voici les amendements à la constitution fédérale qui contiennent toute la doctrine. Aux termes du IVe amendement, le peuple a droit à la sécurité, en ce qui regarde personnes, maisons, papiers et effets ; l'individu ne saurait être inquiété par des perquisitions et des saisies. Aucun mandat de perquisition ne sera émis que

ur cause probable, établie sous serment dans ne déposition qui décrira d'une façon précise le eu où la perquisition sera faite et les objets ıi devront être saisis. Alors dans le but déırminé à l'avance le juge peut ordonner la perıisition. Ainsi, il est allégué sous serment que s instruments qui ont servi à un vol avec fraction et escalade, sont cachés dans telle artie d'une maison que la déposition décrit. ur cette déclaration assermentée, le juge a roit d'ordonner, dans certains cas, la perquisiɔn et la saisie. Quant aux livres de commerce ui constateraient une fraude qualifiée de crime ontre le gouvernement fédéral, la cour surême des Etats-Unis a décidé récemment u'ils ne sauraient être produits en justice cone l'accusé qui les a tenus. Mêmes règles en ce ui regarde les papiers, les correspondances de accusé ; il est interdit de s'en emparer par voie saisie pour les produire contre lui au procès. ous reviendrons d'ailleurs sur ces points qui, en qu'ils dussent être indiqués ici, sont surut la conséquence d'un autre principe dont il être parlé dans le Ve amendement.

Ce principe encore plus favorable à la li-

berté individuelle, est exprimé en effet dans le Ve amendement à la constitution. Ici il est préférable de traduire : « nul ne sera tenu de répondre à une accusation capitale ou fondée sur un crime infamant, à moins que ce crime n'ait été l'objet d'une action spontanée du grand jury sur la matière, ou que l'inculpé n'ait été mis en accusation sur la demande de l'avocat du gouvernement [1] ; nul ne sera exposé deux fois au danger de perdre la vie ou les membres pour la même offense ; nul ne sera non plus forcé, dans une affaire criminelle, de porter témoignage contre lui-même ; nul ne sera privé de la vie, de la liberté ou de sa propriété sans une procédure conforme aux lois du pays ». Dégageons maintenant l'idée des vieilles formes de langage qui la recouvrent.

En premier lieu, aux termes de la constitution fédérale, plus d'action criminelle qui ne doive commencer par une procédure devant le

1. *Presentment* et *indictment* décrivent deux modes distincts de procédure ; dans le premier cas, le grand jury, procédant en vertu de ses pouvoirs discrétionnaires comme grand enquêteur, propose la mise en accusation ; dans le second, c'est l'avocat du Gouvernement qui lui soumet l'affaire.

grand jury; ceci est la vieille forme anglaise; la constitution des Etats-Unis la maintient intacte. Dans certains Etats elle a été quelquefois modifiée ; nous examinerons ailleurs pourquoi, et quelle est l'importance de ces modifications partielles; toutefois, malgré ces exceptions, non seulement la constitution fédérale, mais encore celles de l'immense majorité des Etats, avec raison, je crois, ont gardé l'ancienne pratique. La seconde maxime est si claire qu'il n'y a guère à s'y arrêter; elle a passé dans toutes les législations des Etats civilisés. « Nul ne sera jugé deux fois sur le même chef d'accusation », est un axiome accepté partout. Mais il en est autrement au sujet de la prescription absolue, aux termes de laquelle nul ne sera forcé de porter témoignage contre lui-même. Ce principe est, à mon avis, et quoi qu'on en ait dit, le premier de ceux qui protègent réellement la liberté individuelle; il constitue depuis plus d'un siècle une des règles essentielles de tout droit libre. C'est le contraire même du principe fondamental de l'instruction criminelle, telle qu'on la trouve dans Pothier et dans le code d'instruction criminelle de 1808.



Ce principe est mieux garanti, et, peut-être, plus universellement adopté aujourd'hui qu'il ne l'était il y a cent ans; il n'y a pas une constitution d'Etat qui ne le reconnaisse en termes formels, pas un tribunal où il ne soit appliqué et en Angleterre et aux Etats-Unis. On a même été plus loin; et, comme je l'indiquais tout à l'heure en parlant du V[e] amendement, la cour suprême des Etats-Unis vient de décider que les livres de commerce, les lettres et autres pièces qui contenaient les preuves du crime d'un commerçant, ne pouvaient être ni saisis ni produits contre lui au procès, par la raison que, d'une part, la saisie était illégale, et que, de l'autre, nul ne saurait être forcé de porter directement ou indirectement témoignage contre lui-même [1].

Le VII[e] amendement ordonne que tout accusé sera promptement jugé; qu'il le sera par un jury de l'Etat et du district où le crime a été commis. Les limites du district sont fixées par la loi. Sur ces dispositions, il n'y a pas d'observation à faire ; mais il n'en est pas de même de celles qui suivent : « L'accusé sera informé de

1. Boyd V. *United States* 116, u. s., pp. 616 et suiv.

la nature et de la cause de l'accusation ; il sera confronté avec les témoins produits contre lui ; il pourra forcer les témoins en sa faveur à se présenter et à déposer, et il sera assisté de conseils dans sa défense. »

Qu'on veuille bien ne pas l'oublier, dans toute la partie de la procédure qui précède et suit immédiatement la mise en cause de l'individu contre lequel le grand jury a prononcé, celui qui est maintenant accusé, est resté peut-être étranger à toute l'instruction ; dans presque tous les cas, en règle générale, il n'a pu, aux termes mêmes de la loi qui le protège, faire entendre ses témoins ni présenter des observations au grand jury ; il n'est pas encore en cause ; le gouvernement, si c'est lui qui présente les charges, ni le grand jury lui-même, avant qu'il prononce la mise en accusation, n'ont rien à lui demander : L'inculpé n'a aucune explication à fournir aux uns ou aux autres ; s'il en était autrement, il les aiderait presque à coup sûr à se faire une opinion, et cette opinion pourrait amener sa perte. C'est seulement quand le grand jury a prononcé la mise en accusation, que l'accusé est produit

devant la cour criminelle. A ce moment l'acte de mise en accusation qui contient toutes les charges, et qui ne saurait être ultérieurement amendé ou modifié, doit lui être communiqué. Dès lors il peut juger avec parfaite exactitude quelles sont les charges formulées contre lui, et c'est à lui à savoir comment il les combattra[1].

1. La règle générale qui s'applique à toute procédure peut être formulée dans ces mots : l'allégation doit être établie par des preuves; et, d'autre part, un fait non allégué ne saurait être prouvé. Dans toute action civile, la déclaration ou le « bill » doivent alléguer les faits; la preuve sera fournie au cours du procès; mais si un fait était établi par des preuves qui n'eût pas été allégué, la preuve serait exclue — à moins que la déclaration ou le « bill » fût amendé. Je n'ai pas la prétention d'expliquer ici dans quels cas un semblable amendement pourrait être admis par le juge; — je veux simplement marquer que, dans la procédure criminelle, c'est la même règle qui s'applique; toutefois, elle est plus inflexible. — La relation entre les « allegata » et les « probata » est infiniment plus étroite et plus strictement respectée, parce que, dès qu'il y a mise en accusation, l'accusé a droit d'être « informé » des charges articulées contre lui. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point dans le chapitre suivant.

Peut-être le lecteur va penser que j'écris un petit traité d'instruction criminelle. Qu'il veuille bien se rassurer; c'est de l'application des plus importants principes du droit public que je m'occupe exclusivement; et j'ai les plus illustres témoins en faveur de mon opinion; de John Hampden à

Puis vient la disposition la plus importante peut-être en matière de liberté individuelle :

Thomas Jefferson, ceux qui ont le plus fait pour établir la liberté humaine en Angleterre et aux Etats-Unis, n'ont jamais eu un doute à ce sujet. S'il est permis de le remarquer ici en passant, en cette matière, il ne s'agit pas de savoir si la procédure criminelle inquisitoriale assure mieux ou moins bien la répression des crimes et délits ou l'acquittement de l'innocent; en définitive je crois qu'à cet égard les deux systèmes conduisent à des résultats à peu près semblables; mais ces questions, n'en déplaise aux criminalistes de profession, sont d'un intérêt très secondaire. Qu'on regarde plus haut et plus loin : il n'est pas une révolution sociale, pas une révolution politique, quelque légitime, quelque nécessaire qu'elle soit, qui ne mette pas dès le début toutes les forces de répression en jeu. Les premiers chrétiens ont été traînés dans les prétoires de l'Empire, les comtes d'Egmont et de Horn sont morts sur l'échafaud, John Hampden a été arrêté et détenu par ordre de Charles Ier, et ainsi de suite; sur cette méthode de répression, l'histoire de l'humanité se répétera toujours; quand il surviendra des conflits entre l'esprit conservateur et l'esprit de nouveauté, c'est dans les cours criminelles qu'ils produiront leurs premiers effets. Qu'on prenne les doctrines socialistes de nos jours; il y a des choses folles dans ce qu'elles énoncent, mais il y en a d'autres qui sont, à mon avis, parfaitement légitimes; aux Etats-Unis, les idées légitimes des socialistes triompheront presque sans violence, et probablement quelques grands procès criminels feront le départ entre les folies et les exigences fondées. A un autre point de vue, la procédure criminelle est aussi d'une importance de premier ordre; il faut que le citoyen sache que, dans tous les cas, quelque tenta-

« il (l'accusé) sera confronté avec les témoins produits contre lui » ; il y a, s'il est permis de se servir de cette expression, une sorte de parodie de cet article dans le code d'instruction criminelle français de 1808 qui, dans la pratique en arrive à ceci : après qu'un témoin à charge a déposé, le président des assises s'adresse à l'accusé, et il lui demande ce qu'il a à répondre. Quelle confrontation du témoin et de l'accusé ! En Haïti, où le même code d'instruction criminelle est appliqué, il y eut en 1861 un procès célèbre. Un citoyen des Etats-Unis et une dizaine de complices étaient accusés, et à bon droit, j'en suis convaincu, d'actes de piraterie et de traite des noirs; l'accusé principal fut condamné à mort; mais comme il déclarait être citoyen américain, il était quelque peu hasardeux pour la république noire de procéder à l'exécution de la sentence ; donc, après quelque temps de détention, le condamné s'échappa. De retour aux Etats-Unis, il forma

tive que le pouvoir fasse contre lui, il sera partout et toujours protégé. — Enfin il y a d'autres considérations presque aussi importantes sur ce même sujet qui seront présentées dans le chapitre suivant.

une demande en dommages-intérêts contre Haïti ; et, en fin de compte, l'affaire fut référée à la décision arbitrale d'un magistrat éminent. Étant l'un des conseils de la République d'Haïti dans cette affaire, à ce titre j'examinai à fond la procédure criminelle de la cour d'assises du Port au Prince, car il fallait expliquer à notre arbitre que tout ce qui s'était passé lors du procès de 1861, était conforme aux dispositions du code d'instruction criminelle. Or, dans cette procédure se trouvait un procès-verbal régulier, d'où il ressortait qu'après la déposition de chaque témoin à charge, le président avait demandé à l'accusé ce qu'il avait à dire en réponse ; le procès-verbal marquait invariablement que « *l'accusé persistait à garder un silence obstiné* ». En cela cet accusé montra plus de présence d'esprit que n'en ont en général les infortunés qui tentent de se justifier sous cette sorte de confrontation. Mais cet exemple me montra côte à côte les deux pratiques, ainsi que l'abîme qui les sépare.

La confrontation du témoin et de l'accusé veut dire bien autre chose dans le droit anglo-américain ; car ce n'est rien moins que la prin-

cipale garantie qui lui est donnée : cela signifie que, dès que le témoin produit par l'accusation a achevé sa déposition directe, en langage technique, il est remis au conseil de la défense pour être contre-interrogé et soumis à répondre à toutes les questions recevables et pertinentes, d'après les règles qui gouvernent la preuve. Nous reviendrons dans le chapitre suivant sur ce point d'une importance décisive; ici donc il suffira de dire que, grâce à cette règle, devant le juge et le jury les deux parties sont égales, que sauf les applications du principe d'après lequel, dans tous les points douteux, l'accusé doit avoir le bénéfice du doute, le juge et le jury, qui ne sauraient lui adresser une question, doivent rester neutres entre les deux adversaires; or ces deux adversaires ne sont pas le conseil du gouvernement et l'accusé ; l'un qui veut la condamnation et l'autre qui, tant bien que mal, essaie d'y échapper ; l'un qui a dans ses mains toutes les armes perfectionnées que lui donne l'expérience et la connaissance de sa profession, tandis que l'autre peut à peine discerner la portée d'une question et la gravité d'une réponse, et, dans

tous les cas, a le malheur d'être nécessairement son propre avocat dans sa propre cause. Non, ici le conseil du gouvernement n'a en face de lui qu'un seul adversaire qui souvent est son maître en fait d'expérience et de connaissance professionnelle ; c'est à l'avocat de la défense et à lui seul qu'il a affaire ; alors au moins la partie est égale ; l'accusé n'est plus écrasé par la société : il a des dents pour mordre, des défenses pour frapper ; comme le dit l'admirable et intraduisible expression anglaise : « le jeu est loyal. »

Le VIII[e] amendement à la constitution fédérale prescrit que la liberté sous caution sera de droit ; toutefois, dans les cas d'accusation capitale, quand les présomptions contre l'accusé sont graves, il ne saurait être mis en liberté sous caution.

Remarquons-le en passant : sur les dix premiers amendements à la constitution des Etats-Unis, il y en a donc cinq qui traitent de la liberté individuelle et de la procédure criminelle qui en assure l'exercice. Et nous n'avons pas parlé des autres garanties de la liberté individuelle qui se trouvent insérées dans le corps même de

la constitution, et parmi lesquelles se trouve la disposition relative à la garantie de cette liberté par la procédure d'*habeas corpus* qui ne saurait être suspendu qu'en cas d'insurrection ou de guerre étrangère[1].

1. Pendant les guerres de la Révolution française, M. Pitt demanda et obtint non seulement la suspension de l'*habeas corpus*, mais aussi celle de la liberté individuelle, c'est-à-dire la suspension des libertés garanties par la grande Charte, ce qui était bien plus grave. La loi votée en 1794, resta en vigueur jusqu'en 1801. C'est alors que M. Pitt demanda et obtint du parlement la loi d'indemnité qui interdisait toute demande en dommages intérêts pour arrestation et détention arbitraires opérées pendant ces années.

Aux Etats-Unis il s'est passé quelque chose d'un peu analogue pendant la guerre civile; mais la cour suprême n'a admis que la validité de la suspension de l'*habeas corpus*; elle a refusé d'accepter le principe de la suspension de la liberté individuelle elle-même (*ex parte* Milligan; 4 wallace pp. 2 et suiv.) Après la fin de la guerre, le congrès a suivi le précédent anglais de 1801, et a voté un acte mettant fin à toute action en dommages intérêts. Il ne s'agit dans cette note que des Etats restés loyaux. Quant aux Etats en insurrection *flagrante*, naturellement le droit de liberté individuelle et tout droit étaient suspendus.

En vertu de l'acte « d'indemnité » de 1867, auquel il vient d'être fait allusion, il n'a pu se produire d'actions en dommages intérêts de la part des citoyens des Etats-Unis contre l'agent militaire ou civil qui avait ordonné ou fait une arrestation; mais cette loi ne pouvait pas s'appliquer aux citoyens ou sujets d'une souveraineté étrangère; aussi

Ce que nous voulions montrer ici, c'est la série des garanties qui protègent la liberté individuelle et le droit de l'homme à la vie, à la liberté et à la propriété, jusqu'au moment où il est reconnu coupable, conformément au droit du pays.

Et en terminant ces remarques, nous prions le légiste néo-romain qui voudrait bien les lire, de ne pas s'étonner de l'apparente confusion entre les principes du droit public et ceux du droit privé qui se trouve dans les amendements à la constitution des Etats-Unis dont nous venons de faire l'analyse : la majeure partie de ces dispositions font partie de la procédure criminelle. Mais elles font aussi, et au plus haut point, partie du droit public ; aussi se

la commission mixte instituée en 1871, entre les Etats-Unis et l'Angleterre, a-t-elle alloué des indemnités dans tous les cas où un sujet anglais avait été arrêté et détenu sans jugement, pourvu, bien entendu, que le réclamant établît qu'il avait été arrêté dans un Etat non soumis à la loi martiale, et qu'il n'eût pas prêté aide et appui aux insurgés. La même jurisprudence a été adoptée depuis dans la commission mixte entre la France et les Etats-Unis qui a siégé à Washington de 1880 à 1884 ; elle a accordé aussi des indemnités pour les mêmes causes, mais sous les mêmes réserves.

retrouvent-elles dans le droit coutumier comme dans les statuts des Etats qui sont régis par des statuts, comme dans la constitution des Etats-Unis et dans celle de chaque Etat. En un mot, elles sont partout, parce qu'elles sont le fond même de la liberté, et parce que les siècles qui ont vu fonder la liberté, ont été témoins du travail incessant du juge comme du parlement à étendre leur pouvoir protecteur sur toutes les institutions.

Et d'autre part, c'est parce que l'exercice de ces droits lui est assuré, que le citoyen reste attaché aux institutions publiques sous lesquelles il vit en état de parfaite sécurité. Et, si même il voyait des défauts, des lacunes dans les lois ; s'il était opposé aux hommes qui les administrent, il ne cesserait pas d'aimer les institutions elles-mêmes, parce qu'il est libre, et que sa personne est garantie.

Nous avons parlé avec quelques détails de la constitution des Etats-Unis et des garanties qu'elle stipule au sujet de la liberté individuelle. Tout ce qui vient d'être dit pourrait être redit des constitutions de chaque Etat; mais cette analyse n'ajouterait rien aux observa-

tions précédentes [1] ; renonçons donc à la faire et essayons de présenter le même sujet sous un autre aspect ; expliquons les diverses phases par lesquelles passe un procès criminel ; et ici encore, qu'on veuille bien s'en souvenir, ce n'est pas sortir des études de droit constitutionnel que d'entrer dans ces détails de procédure criminelle. Il ne s'agit, en effet, de rien moins que de la première liberté de l'homme.

Mais avant de donner ces explications, terminons ce qui vient d'être dit en rappelant les paroles que John Selden prononça devant le comité des lords et des communes qui prépara la « pétition du droit » : « Dans tous les cas, dit-il, où un droit, ou bien encore une liberté, appar-

1. Il ne faut pas perdre de vue la distinction qui a été faite entre le gouvernement des Etats-Unis et les gouvernements des Etats. Ainsi que nous l'avons déjà montré, d'après une jurisprudence constante, les dix premiers amendements à la constitution des Etats-Unis ne peuvent s'appliquer à la protection des droits du citoyen dans l'Etat où il réside; si donc nous avons pris pour sujet de notre analyse les amendements à la constitution des Etats-Unis qui se rapportent à la liberté individuelle, c'était uniquement parce qu'ils présentaient nettement la question, et qu'ils marquaient exactement où en était arrivé l'esprit public au sortir même de l'époque coloniale. (Voir ci-dessus pp. 262-63-64.)

tient au sujet, en vertu d'une loi écrite ou de l'usage, si la loi n'assurait pas un remède pour maintenir la jouissance ou garantir le recouvrement de ce droit quand il est méconnu, ou de cette liberté quand elle est violée, la loi positive serait inutile et ne servirait de rien ; et il serait sans objet pour un homme d'avoir un droit à la terre ou à toute autre propriété, s'il n'existait pas... d'action ou « de writ », au moyen duquel il peut les faire prévaloir dans une cour ordinaire de justice. »

CHAPITRE XIII

DE LA PROCÉDURE CRIMINELLE

Laissons de côté toutes considérations générales, souvenons-nous seulement qu'à l'exception de quelques progrès dont nous parlerons au cours de cette analyse, la loi qui règle l'instruction criminelle avait atteint à peu près sa perfection il y a environ cent ans, et que depuis elle s'y est maintenue. Toutes les garanties dont l'individu est ici entouré font partie du droit coutumier, elles sont énoncées dans la constitution des Etats-Unis et dans les constitutions des Etats. Une longue suite de décisions, quelques-unes de date très récente, sont venues ajouter encore leur force à toutes les forces accumulées sur ce point central de la liberté du citoyen.

Et maintenant, avec le traité élémentaire de Blackstone à la main, et en tenant compte des modifications qui ont été apportées aux règles qu'il a tracées, voyons comment la procédure criminelle va se présenter à nos yeux.

Un crime ou un délit a été commis ; comment les officiers de police judiciaire vont-ils procéder ? S'il y a flagrant délit, ils arrêteront l'auteur. Mais dans tous autres cas, ils ne procéderont à l'arrestation que par ordre du juge compétent ; et il est enjoint à ce juge de ne signer l'ordre que s'il lui est présenté une plainte appuyée par le serment de l'officier de police judiciaire, ou par celui d'une ou de plusieurs personnes d'une responsabilité incontestable.

Dès qu'il est arrêté, l'individu soupçonné a droit à ce qui se nomme un « examen préliminaire. » Cet « examen » a lieu devant un magistrat *ad hoc*. A l'accusation incombe d'établir que le crime ou le délit a été commis, qu'il y a des preuves suffisantes pour procéder contre le prisonnier. Celui-ci est assisté de son conseil, s'il le désire ; il peut citer des témoins à décharge ; il peut aussi fournir toutes expli-

cations qu'il jugera nécessaires. Mais l'avocat de l'accusation ne saurait l'interroger ; il est libre, absolument libre de parler ou de se taire. Et alors même qu'il veut donner des explications, il incombe au magistrat d'avertir le prisonnier qu'il n'est nullement obligé de le faire, ni de répondre à une question quelle qu'elle soit ; que tout ce qu'il va dire, doit être dit librement et spontanément. La permission de fournir des explications n'est même pas accordée dans tous les Etats ; il y en a où la crainte que le prévenu admette, sans s'en douter, des faits à sa charge, a fait maintenir le principe que le prévenu ne doit fournir aucune explication, que la présomption est qu'il est dans un état mental tel qu'il ne saurait se dominer suffisamment pour se justifier.

Le magistrat qui a présidé à l'examen préliminaire, décide s'il y a lieu de remettre le prévenu en liberté ; au cas où il trouve les premières charges suffisamment établies, la question de la mise en liberté sous caution se pose immédiatement [1].

1. Ceci n'a pas la prétention de donner un résumé complet de toutes les phases d'une procédure criminelle ; par

S'il était possible de concevoir une manière de s'assurer de la personne du prévenu, sans le détenir en prison, il n'y aurait pas, dans la plupart des cas, lieu à détention; mais comme l'ingéniosité humaine n'a pas encore trouvé d'autre moyen, il faut bien garder l'individu arrêté. Toutefois une distinction a été faite: dans le cas où la peine infligée, s'il y avait condamnation, ne saurait excéder la perte d'une somme qui peut être évaluée en argent, il est raisonnable de supposer qu'une garantie équivalente fournie par des personnes tierces, assurerait suffisamment la présence de l'inculpé; d'où il suit, d'après le droit coutumier, qu'au cas où il est stipulé par des tiers que, si le prisonnier échappait, la somme stipulée serait acquise au gouvernement, cet inculpé sera mis en liberté sous caution. Il est aussi de principe que c'est au juge à

conséquent, nous n'avons pas mentionné le cas où l'inculpé renonce à l'examen préliminaire devant le magistrat, nous n'avons pas parlé non plus des enquêtes des coroners. Ces incidents de procédure n'ajoutant rien à la proposition que nous entendons démontrer, nous voulons, autant que possible, laisser de côté tout ce qui compliquerait une question déjà fort compliquée.

fixer le montant de la caution, et qu'il ne peut la fixer à un chiffre excessif. Ici se présente une question de pouvoir discrétionnaire que la constitution limite en prescrivant que la caution exigée doit être modérée.

Et la règle adoptée par la jurisprudence en vue d'exécuter ces prescriptions du droit constitutionnel, est la suivante : le juge doit avoir égard à la nature de l'offense, aux peines que la loi y attache et aux preuves à charge.

La mise en liberté sous caution est de droit absolu quand il s'agit de délits ; et encore les juges ont-ils incliné de plus en plus à l'accorder dans nombre de cas où l'arrestation a été faite sous prévention de crime. Mais ici l'action du juge est surtout gouvernée par la nature du crime et par le caractère des premières preuves ; toutefois il n'y a pas de règle constante, vu que, dans certains Etats, le pouvoir du juge est discrétionnaire, tandis que dans d'autres, le droit à la liberté sous caution est absolu, sous la réserve des accusations capitales où il est limité et discrétionnaire.

Des perquisitions au domicile de l'inculpé.

C'est pendant la période préliminaire qui s'écoule depuis le moment de l'arrestation jusqu'à celle de la mise en accusation, que les juges d'instruction de l'Europe continentale lancent tous leurs mandats de perquisition, tous leurs ordres de saisie de pièces, de lettres, de documents; que de grands pays ont été et sont encore témoins de scènes qu'il vaut mieux ne pas décrire ici ! Dans la constitution anglaise et dans celle des Etats-Unis, voici à quoi se réduisent les droits des officiers de justice.

S'il existe des preuves, suffisamment concluantes et de nature à établir que le corps du délit se trouve dans une maison, ou dans un enclos, le juge auquel la preuve à l'appui a été présentée sous forme de dépositions volontaires et sous serment, peut ordonner la perquisition et la saisie ; mais là se bornent ses pouvoirs ; il ne saurait justifier son action sur de simples soupçons ; il ne pourrait agir sur de simples informations, encore moins sur des dénonciations non appuyées.

Quant aux livres, aux lettres, aux papiers de l'inculpé, il lui est interdit d'en ordonner la saisie, par la raison que ces documents appartenant à l'inculpé, leur production en justice l'amènerait forcément à témoigner contre lui-même; or il est de principe absolu dans le droit coutumier, et ce principe est garanti en termes formels par la constitution des Etats-Unis et par celles des Etats, que nul ne peut être contraint à porter semblable témoignage.

Réduit à ces simples termes, le droit formidable que s'arroge l'Etat, est en réalité ce qu'il y a de moins oppressif pour le citoyen; de cette façon, les exigences de la protection sociale sont suffisamment sauvegardées; et, d'autre part, le citoyen, quelle que soit sa place dans la communauté, qu'il y occupe une situation éminente ou qu'il y vive dans la plus humble condition, n'a rien à redouter. Dans sa demeure, le roi d'Angleterre pas plus que le gouvernement des Etats-Unis ne peut pénétrer.

N'était la crainte de compliquer l'exposition de ces principes, je devrais traduire ici presque en entier une décision toute récente de la cour suprême des Etats-Unis, où la cour a ex-

pliqué et commenté le sens exact des dispositions du droit coutumier et du droit constitutionnel qui règlent la matière. Il s'agissait dans l'espèce de la saisie des papiers d'une maison de commerce; cette saisie avait été opérée en vertu d'une loi des Etats-Unis, et les pièces obtenues de la sorte avaient amené la condamnation du défendeur; la question était de savoir si cette loi prescrivait une procédure contraire aux articles de la constitution qui édictent les règles applicables en cas de perquisition et de saisie; après un examen attentif et complet de la question, la cour suprême a maintenu dans toute sa pureté la doctrine constitutionnelle [1].

De la mise en accusation [2].

Que la méthode des procédures préliminaires dont il vient d'être parlé ait été suivie ou non,

1. Voir Boyd V° *the United States;* 117 U. S. pp. 616-641. L'exposé du système de la mise en accusation est très remarquable ; — il est dû à M. le justicier Bradley.

2. La procédure de mise en accusation par le grand jury existe dans presque tous les Etats ; nous reviendrons ultérieurement sur ce point.

dans tous les cas où un crime a été commis, l'affaire doit être référée au grand jury. En ce qui regarde la législation criminelle des Etats-Unis, la constitution fédérale le dit en termes formels, (Ve amendement). Il existe des dispositions analogues dans presque toutes les constitutions d'Etat. Ici les principes constitutionnels affirment seulement une maxime du droit coutumier [1].

Qu'est-ce qu'un grand jury ? Quelle est la procédure à suivre devant cette institution vénérable par son histoire et par son essence ?

Remontant assez loin dans le passé pour que l'on en retrouve déjà les traces du temps du roi Ethelred, le jury s'est développé dans le moyen-âge, maintenu à travers les siècles, et a été transporté aux Etats-Unis avec tant de bonnes et anciennes institutions de la mère patrie.

Le grand jury est nommé aussi « la grande

1. Voir ex parte Wilson; 114 U. S. Il s'agissait dans l'espèce de savoir si, dans une action criminelle et non pas seulement délictueuse, le fait que le cas n'eût pas été soumis au grand jury, entraînait la nullité de la procédure. L'opinion très remarquable de la cour est due à M. le justicier Gray.

enquête du pays », et il est investi de diverses attributions ; mais nous n'avons à nous occuper ici que de ses pouvoirs de mise en accusation. Le grand jury est composé de vingt-quatre citoyens choisis *ad hoc*, et qui représentent le comté ; quand il se réunit, et au commencement même de sa session, il est de coutume que le juge qui préside la cour criminelle, après avoir imposé le serment aux jurés, leur trace le programme de leurs travaux, et leur explique, au cas où des affaires présentant des points nouveaux ou des questions légales embarrassantes leur seraient soumises, les principes du droit qui doivent être appliqués ; après quoi, les jurés se retirent dans la chambre de leurs délibérations. Là un seul officier de justice est admis ; c'est celui qui est chargé de la poursuite des affaires criminelles ; avocat du district, il représente, suivant les juridictions, les Etats-Unis ou « le peuple de l'Etat », et agit en leur nom ; la procédure et les délibérations sont secrètes.

Dès qu'une affaire est appelée, l'avocat du gouvernement en indique le caractère et il fournit au chef du grand jury une liste des té-

moins à charge. Puis, en général, il se retire.

Les témoins sont appelés et interrogés, sans qu'il soit tenu compte des formalités légales, ni des règles qui gouvernent la prise des preuves ; de tout ce que les témoins disent, pas un mot n'est recueilli par la voie d'écriture ou de sténographie[1]. La preuve que le crime a été commis est fournie par un ou plusieurs témoins ; les preuves à charge sont données par voie de témoignage oral ; les pièces de conviction peuvent être examinées ; en un mot, une discussion s'engage qui va déterminer s'il y a lieu de mettre la personne inculpée en accusation. L'examen une fois complet, les voix sont comptées, et la majorité décide. Au cas de mise en accusation, le président du grand jury écrit en général sur la pièce même que lui a remise l'avocat du gouvernement « *trouvé* » (found) ; dans le cas contraire, il écrit « rien de trouvé » (not found).

C'est sur cette déclaration dont il ne restera pas trace dans le dossier de l'avocat du gouvernement, que celui-ci rédige l'acte de mise en accusation ; ce document une fois pré-

1. Ceci ne se passe plus partout, comme je le décris ici d'après l'ancien droit coutumier.

paré, est remis au président du grand jury qui le signe après l'avoir communiqué à ses collègues.

Les règles prescrites pour la rédaction de l'acte d'accusation sont des plus précises, et l'avocat du gouvernement ne peut s'en départir sans risquer de vicier toute la procédure. Il faut que la pièce contienne une description aussi exacte que possible de la personne accusée, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir de doute sur son identité ; le lieu et le temps où le crime a été commis doivent être de même déterminés, autant que faire se peut ; la question de date peut devenir un élément de grande importance dans le procès, vu les règles sur la prescription. L'offense doit être aussi déterminée avec toute la précision que les preuves de l'accusation comportent ; l'intention coupable, la préméditation, enfin tous les faits constitutifs du crime seront présentés aussi nettement que possible. Il est de coutume de décomposer l'offense en autant d'offenses séparées et d'éléments distincts qu'elle comporte. Si, par exemple, le même crime est prévu et puni par différentes dispositions législatives, chacune d'elles deviendra l'objet d'une charge spéciale

(counts of the indictement). Il s'agit ici d'une procédure dont chaque mot doit exprimer une idée légale ou s'appliquer à l'énonciation d'un fait précis.

En dehors de ces éléments essentiels à l'acte d'accusation, aucun autre ne doit y être introduit. L'avocat du gouvernement comprend que, s'il voulait sortir de ce cercle tracé par les meilleures autorités, par la tradition, par le sentiment de la liberté humaine, et surtout, s'il se laissait aller à écrire une de ces biographies de l'accusé qui semblent faire ailleurs les délices de ceux qui les préparent et de ceux qui les entendent, il ne serait pas longtemps, comme nous l'allons voir, à s'en repentir, et l'accusé ne serait pas longtemps non plus à lui échapper.

Cet acte d'accusation une fois rédigé, le moment est venu de mettre directement en cause l'accusé. S'il y a eu une procédure préliminaire et que celui-ci soit détenu, ou s'il est en liberté sous caution, ou bien encore s'il est arrêté après la mise en accusation, la copie certifiée de l'acte d'accusation (indictment) lui est immédiatement communiquée. Naturellement

l'accusé est toujours libre de se mettre en rapport avec le conseil qu'il peut appeler; assisté de ce conseil, il paraîtra devant la cour criminelle. Là il sera appelé par son nom, l'acte d'accusation lui sera lu, et le juge qui préside la cour, lui adressera cette question solennelle : plaidez-vous coupable ou non coupable? L'accusé répond. S'il dit : « non coupable », cette simple déclaration est considérée, en droit, comme suffisante pour imposer à l'accusation tout le fardeau de la preuve; si l'accusé s'obstine à ne rien répondre, il est devenu de règle que le juge interpose d'office la réponse : « non coupable. »

Je n'ai pas parlé ici du cas où l'accusé plaide coupable, car une telle déclaration faite en audience publique, établit la culpabilité en fait, tout en réservant d'ailleurs les autres défenses de droit et de fait; toutefois il est à remarquer que, même dans ce cas, l'accusé qui s'est reconnu coupable, peut jusqu'à la clôture des débats, retirer cette réponse (plea)[1], et y substituer celle de non culpabilité. Ces formalités remplies, l'avocat du gouvernement demande à la cour de fixer le procès à un jour prochain;

1. Le mot réponse ne traduit pas exactement le mot plea.

le juge ayant arrêté la date, et le gouvernement et la défense s'étant, si on peut le dire, donné rendez-vous devant la cour, aucun rapport d'aucune sorte ne peut s'établir entre le juge qui doit présider au procès et l'accusé. De son côté, l'avocat du gouvernement, à moins qu'il ne soit mandé par l'accusé, et qu'il soit bien démontré que cet appel est spontané et qu'il est le résultat d'une volonté libre, n'a aucun droit à entrer en relation avec l'accusé; en presque tous les sens, l'antique maxime est appliquée à ce dernier : *Sacer esto.*

Il est à peine besoin d'observer ici que l'accusé doit être arrêté pour qu'il y ait lieu à le juger. La pensée qu'un accusé qui s'est enfui ou qui, pour une raison quelconque, ne peut être présent, sera jugé, tout comme s'il était entendu, est tellement contraire aux principes mêmes du droit de défense, qu'il n'y a pas à s'arrêter un instant à discuter la matière. Du reste, si des explications étaient nécessaires, celles qui seront données sur les principes mêmes de la liberté individuelle qui tous sont ici en jeu, suffiront à éclaircir ce point et à démontrer que toute procédure en contumace,

par son essence même, viole un des droits les plus sacrés de l'homme et du citoyen.

De la présomption d'innocence.

Cette présomption qui est le fondement même de la liberté humaine, ne saurait être renversée que par des preuves de nature à apporter une conviction complète, absolue dans l'esprit du jury. Ces preuves, c'est à l'accusation à les fournir ; si celle-ci ne peut parvenir à établir ses charges, elles tombent parce que la présomption d'innocence est acquise à l'accusé ; non pas qu'il s'agisse du bénéfice du doute ni d'une simple tendance à se montrer indulgent, mais parce que la preuve irréfutable des faits criminels peut seule vaincre et détruire la présomption d'innocence.

De la présomption d'innocence découle aussi le principe que l'accusé ne peut subir aucun interrogatoire, que des aveux faits par lui en particulier ne sauraient être mentionnés dans l'acte d'accusation ; que s'ils ont été faits même librement, ils ne sauraient être recevables en preuve contre celui-là qui les a faits,

si toutes les mesures n'ont pas été réglées pour mettre l'auteur à l'abri de toute surprise possible. Il faut qu'il soit constant que l'accusé n'a été aucunement influencé par promesses ou par crainte; enfin que son esprit est complètement libre de toute pression extérieure. Et de plus, dans les cas où toutes les conditions ci-dessus énumérées sont remplies, il reste encore et au juge qui entend l'affaire, et surtout au jury qui la décide un pouvoir d'appréciation souverain et final[1].

Ils peuvent accepter ou rejeter ces aveux, comme ils peuvent aussi en atténuer l'impor-

1. Il est bon d'observer ici, que, dans certaines espèces, la présomption d'innocence se trouve, pour ainsi dire, en conflit avec les faits prouvés contre le défendeur : par exemple, le capitaine d'un navire est arrêté et son navire est saisi. Il se trouve que le navire est muni de ces adaptations particulières si bien connues de ceux qui faisaient la traite; on trouve à bord un faux entrepont, des tonneaux d'eau en nombre disproportionné, des menottes, etc., etc.; le capitaine arrêté ne doit-il pas donner des explications suffisantes pour se justifier? Jusqu'à quel point la présomption d'innocence le protège-t-elle et s'applique-t-elle? N'est-il pas, au contraire, obligé de fournir des justifications? Mais, quoi qu'il en soit de cette exception et d'un certain nombre d'autres que présente la loi criminelle, le principe même sur lequel est fondée la présomption d'innocence n'est pas contestable.

tance, et ne pas les considérer comme de nature à déterminer leurs convictions. Mais assez sur ce sujet auquel il faudra d'ailleurs revenir une fois encore.

Des parties au procès.

Au jour fixé pour le procès, les parties adverses se rencontrent pour la première fois en présence du juge qui ne connaît rien de l'affaire, qui ne doit rien savoir de l'accusé, qui, plus encore, en vertu de son serment, doit oublier, chasser de son esprit tout ce qu'il en pourrait savoir, et qui a seulement entendu lecture de l'acte d'accusation.

Le rôle de l'avocat du gouvernement se borne à maintenir les chefs d'accusation; s'il est bien au courant de la procédure, s'il est un praticien prudent, il a pris soin de faire venir dans son bureau les témoins à charge qu'il entend produire; il a obtenu d'eux toutes les explications possibles. Il a essayé de prévoir les côtés faibles des témoignages qu'ils vont rendre, de deviner les questions qui pourront leur être adressées par les avocats de la défense.

S'il s'est conformé à une excellente et ancienne pratique, il a rédigé par écrit les déclarations de chacun des témoins, et il leur a demandé de les signer et de les attester sous serment; non assurément, qu'il puisse faire un usage direct de cette déclaration volontaire au cours du procès; mais il peut y trouver une garantie essentielle.

Quant aux témoins à charge qui n'ont pas consenti à avoir avec l'avocat du gouvernement des rapports particuliers, ils seront sans doute appelés à comparaître à l'audience. Un témoin ne saurait se soustraire aux obligations qui lui sont imposées par la citation; mais alors qu'il va être entendu, l'avocat du gouvernement qui va l'interroger, peut fort bien ne pas savoir un mot des réponses qu'il va provoquer; et, qu'on ne l'oublie pas, chacune des réponses directes faites par ce témoin liera, obligera la partie qui l'a cité; sans doute elle peut contredire, dans certaines limites, ses déclarations; mais elle ne peut s'en prendre à son caractère, attaquer sa réputation. Cet homme est son témoin; à ce titre, il est présumé que celui qui le produit s'en rapportera à ses réponses.

De son côté, la défense, qui a les mêmes droits,

a agi d'une manière absolument semblable; elle a rassemblé ses témoins; elle s'est mise en rapport avec eux, tout comme le gouvernement l'a fait à l'égard des siens. En un mot, le procès, ou pour mieux dire l'*épreuve*, (trial est un mot intraduisible qui ne correspond pas exactement à celui de procès) doit être loyale ; elle doit être dirigée avec bonne foi, avec honnêteté. Quels mots merveilleux a la langue anglaise pour rendre ces idées si anglaises! *Fair trial*, *fair play*! expressions qui rappellent bien plus la rencontre courtoise de deux hommes armés, que ces luttes où la force de l'Etat se concentre tout entière pour faire un *procès* à l'individu désarmé.

Ainsi donc les parties sont face à face; le gouvernement est représenté par son avocat, d'autre part, l'accusé assisté par le sien est présent, toujours présent. Voici la salle : à un point quelconque, le siège du juge; au-dessous de ce siège, en général, une grande table; et, assis autour d'elle, sont les avocats des deux parties; celui du gouvernement à côté de celui de la défense; ici l'appareil solennel qui entoure ailleurs M. le procureur-général, est complète-

ment banni ; point de siège plus élevé pour l'avocat du gouvernement. La lutte qui s'engage doit avoir lieu à armes égales, et le juge qui va y présider doit rester impartial. Il ne se départira pas de ce devoir solennel qui lui est imposé par son serment, et que la dignité de son office, les traditions fixes de la jurisprudence lui rendent toujours présent. Toutefois il donnera toujours le bénéfice du doute à l'accusé, s'il y a doute, dans les questions de droit qu'il lui incombera de résoudre.

Mais si le juge doit décider toutes les questions incidentes ; s'il lui incombe d'établir les règles de droit qui s'appliquent à l'espèce, c'est au jury qu'il appartient d'apprécier souverainement et exclusivement les faits, parfois même de résoudre certaines questions de droit que le juge pourrait lui abandonner, ou dont la loi elle-même lui remet la décision (affaires de diffamation, par exemple). Il faut donc tout d'abord que le jury soit organisé ; et ici vient la matière des récusations.

Le jury doit se composer de douze jurés ; un premier tableau de jurés est appelé. Le gouvernement et la défense ont l'un et l'autre le

droit de récusation pour cause motivée[1]; en outre l'accusé a droit, s'il s'agit d'une accusation capitale, à un certain nombre de récusations dites *péremptoires*, c'est-à-dire, sans raison à l'appui.

Des récusations pour cause et des récusations péremptoires.

Tout juré, dès que son nom est appelé, peut être interrogé par les deux parties adverses ou par l'une d'elles. Elles ont le droit de lui adresser toutes questions de nature à montrer qu'il n'est pas impartial, qu'il n'est pas suffisamment intelligent, qu'il s'est formé d'avance une opinion sur l'affaire, etc. Dans tous les cas où les deux parties au procès ne peuvent se mettre d'accord sur la récusation ou l'admission d'un juré, le juge décide ; et, s'il y a lieu, la partie qui se croit lésée par cette décision, peut donner avis au juge qu'il en excepte.

Quant aux récusations péremptoires, en

1. N'écrivant pas un traité de droit criminel, nous ne dirons rien des récusations de tout le *tableau* fondées sur les erreurs commises en préparant; — en général ce droit n'existe pas sous cette forme aux Etats-Unis.

général l'accusé, dans les affaires qui peuvent entraîner la peine de mort, a droit à vingt de ces récusations; ici nulle raison à donner ; la défense n'a qu'à récuser péremptoirement tel juré ; celui-ci se retire. Ainsi on épuise le nombre de tableaux nécessaires pour réunir les douze jurés requis depuis la fin du XIII[e] siècle.

Le jury une fois constitué, l'épreuve judiciaire commence.

Des débats criminels et du verdict.

Mais avant que cette épreuve ne commence, et dès le début du procès, ont dû être déterminés toutes exceptions et moyens de droit soulevés par la défense. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer les différentes exceptions techniques que le droit coutumier a mises à la disposition de l'accusé. Une catégorie d'exceptions à laquelle il a déjà été fait allusion, sera mentionnée cependant; ce sont celles qui se rapportent à la rédaction et aux articulations contenues dans l'acte d'accusation. C'est en effet le droit de la défense de demander à la cour de casser l'acte d'accusation ; les causes d'erreur assignables sont nombreuses : erreurs dans les

articulations, erreurs dans l'application de la loi aux faits. D'autres moyens peuvent encore être soumis au juge qui a le droit d'ordonner la mise à néant de l'acte d'accusation. Ceci se produit souvent, et se produirait à coup sûr si, par manière d'allégations accusatrices, l'avocat du gouvernement l'assaisonnait des hors-d'œuvre, des déclamations, des faits non pertinents qui remplissent les essais de rhétorique si bien connus dans les tribunaux de presque tout le continent de l'Europe. Un exemple suffira à mettre en lumière ce point d'une importance vitale pour la liberté du citoyen. Certains actes d'accusation rédigés d'après les pratiques des codes d'instruction criminelle d'Europe, expliquent, par exemple, au cas où un ancien soldat âgé de quarante ans, serait accusé d'avoir assassiné sa maîtresse pour la voler, comment à l'époque où cet accusé était sous les drapeaux, il a commis des actes d'insubordination, et a été relégué dans un bataillon de discipline où il a subi une longue peine. Qu'est-ce que ceci peut avoir affaire avec l'accusation d'assassinat pour laquelle il va être jugé? Quel lien logique peut-on établir entre des faits absolument distincts,

séparés par le temps, par l'espace, en un mot, n'ayant rien qui leur soit commun ?

Au cas où l'accusation serait étayée sur un pareil raisonnement, le juge anglais ou le juge américain se contenterait probablement de dire : « la motion de la défense est adjugée; l'acte d'accusation est mis à néant. » Mais sans tomber dans des erreurs aussi monstrueuses contre les règles de l'entendement humain, il peut arriver que, dans la présentation légale et technique des faits qui constituent l'accusation, quelque savante, quelque logique que soit la rédaction de l'acte, nombre d'erreurs importantes aient pu s'y glisser, et qu'il s'y trouve quantité de vices de forme ou de fond que la cour doit connaître et sur lesquels elle doit donner son jugement.

Cette décision a donc été rendue. Nous supposerons que le juge se soit prononcé en faveur de la régularité de l'acte d'accusation, et qu'il ait successivement rejeté tous les moyens de droit soulevés par la défense; à ce moment, le procès s'engage au fond.

Il est de principe rigoureux qu'aucun fait et aucune charge ne seront produits au cours des

débats, qui n'auront pas été suffisamment allégués dans les articulations de l'acte d'accusation; ce qui doit être établi par preuves doit se trouver déjà énoncé[1].

Sous cette réserve qui est de droit strict, le gouvernement présente d'abord au jury un résumé oral des faits qu'il se propose d'établir par témoins ; il explique donc ces faits dans l'ordre où il entend les prouver. Cet exposé terminé, il appelle ses témoins dans l'ordre qu'il choisit.

Comme il me paraît essentiel à la liberté du citoyen qu'aucune partie de la procédure criminelle ne mette en péril les droits et la liberté du plus modeste, même du plus indigne des membres de la communauté, il est de toute importance que chacune des formalités protectrices du droit individuel soient bien comprises. C'est pour cette raison qu'il faut revenir au VIe amendement à la constitution des Etats-Unis; il contient ces mots : « L'accusé... sera confronté avec les témoins produits contre lui ». Maxime du droit coutumier dont l'im-

1. La règle absolue est que nul fait ne saurait être prouvé s'il n'est allégué.

portance décisive pour la liberté individuelle a attiré l'attention des auteurs des dix premiers amendements. Ici nous allons la voir à l'œuvre.

Remarquons d'abord que toute question adressée au témoin doit être pertinente, qu'elle doit avoir un rapport direct à la cause, et qu'elle doit être adressée à un témoin compétent à y répondre ; aucun interrogatoire ne provoquera non plus de sa part le récit d'une conversation avec une tierce personne qui ne serait pas partie au procès; tout témoignage reposant sur simple ouï dire est donc strictement exclu. Sera exclue de même toute expression d'opinion de la part du témoin ; sera enfin exclue toute question et toute réponse qui n'aura pas une portée directe sur les faits à établir.

A chaque interrogatoire adressé par l'avocat du gouvernement à son témoin, la défense interposera, s'il y a lieu, ses objections ; elle expliquera comment et pourquoi elles sont faites ; elle discutera la question d'admissibilité de la preuve; puis, l'avocat du gouvernement ayant répliqué, s'il y a lieu, le juge décidera si la question doit être maintenue et réponse

exigée du témoin. Au cas où cette décision paraîtrait contraire aux principes, la défense, en langage technique « notera une objection[1] ». Nous verrons plus tard la suite qui peut y être donnée.

Et ainsi de question en question, depuis le commencement de l'interrogatoire direct jusqu'au moment où il se termine ; c'est alors que va commencer dans le vrai sens des termes, la confrontation du témoin ; l'avocat de la défense s'empare de ce témoin, et il peut lui adresser toutes « contre questions », à la seule condition de ne pas s'écarter à son tour des règles relatives aux preuves ; mais celles-ci l'autorisent à

1. Il est impossible de ne pas appeler au moins l'attention sur les principes qui gouvernent la preuve. — Des volumes ont été écrits sur ce grand sujet, qui contiennent l'énoncé des règles et leurs applications. Rien ne marque mieux le progrès constant de la liberté individuelle que la transformation graduelle de la preuve. Depuis l'époque du combat judiciaire jusqu'à nos jours, il s'est fait un travail incessant; l'objet en vue a consisté à rendre les règles relatives aux preuves de plus en plus simples, de plus en plus précises. A mon sens, la preuve faite de la sorte, constitue une des garanties les plus importantes de la liberté individuelle; malheureusement je ne saurais entrer dans le détail de ces graves questions; je référerai seulement le lecteur qui désirerait étudier la matière, au traité classique de « Greenleafon évidence ». Il y a d'ailleurs d'autres ouvrages tout aussi importants sur ce même sujet.

employer toutes les ressources de son art pour amener le témoin à se contredire, pour mettre en doute la précision de ses souvenirs. Il peut lui poser aussi telles questions qui soient de nature à faire soupçonner sa véracité ; enfin il a droit de se servir de lui afin de préparer la production d'autres témoins qui seront cités par la défense pour contredire ce témoin même. Ainsi l'interrogatoire des témoins à charge se poursuit et s'achève ; une fois qu'il est terminé, vient le tour de la défense.

L'avocat de l'accusé fait alors un exposé de même forme et de même nature que celui par lequel l'accusation a ouvert le débat ; il y marque pour la première fois les moyens de la défense. Puis il procède à l'appel de ses témoins ; les choses se passent encore ici comme elles se sont passées déjà pour l'accusation ; mêmes règles s'appliquent, et le juge impartial décide tous les points de droit controversés.

Et pendant ces débats, quel a été le rôle de l'accusé lui-même ? En général il y est resté étranger. C'est son affaire ; sa liberté, son honneur, sa vie peut-être sont en jeu ; mais il peut fort bien n'être que le spectateur en appa-

rence le plus désintéressé. J'ai assisté à plusieurs séances du procès fait à l'une des personnes accusées de complicité dans l'assassinat du président Lincoln. Ce procès dura plusieurs semaines ; j'ai souvent observé la physionomie de l'accusé ; il était assis sur une chaise près de ses conseils ; comme il faisait très chaud, il agitait presque incessamment un éventail ; sans doute il devait suivre les débats avec une attention toute particulière, et cependant c'est à peine si on pouvait se douter du rôle qu'il y jouait.

Toutefois, il se peut que l'accusation produise un témoin qui déclare avoir entendu l'accusé admettre ou confesser en sa présence qu'il était coupable. Nous avons déjà dit quelques mots de ces déclarations; mais il est nécessaire de revenir encore sur ce sujet.

Si l'aveu a été fait au cours de l'examen préliminaire, pour qu'il soit recevable, il faut que le magistrat devant lequel il s'est produit, ait d'abord averti l'inculpé qu'il n'est nullement obligé de répondre à une question quelconque, qu'il ne saurait le faire que de son plein gré ; l'accusé a dû, s'il l'a désiré, être assisté d'un conseil ; si ce privilège lui a été refusé, ses

aveux perdent leur importance. C'est seulement au cas où toutes les formalités prescrites ont été suivies, que ses déclarations peuvent être recevables au cours du procès ; et, en général, elles doivent être alors d'un certaine importance[1]. Mais, comme l'a dit un éminent magistrat : « on ne saurait donner non plus beaucoup de poids au témoin qui répète ce qu'une personne est censée avoir dit ; il arrive souvent que le témoin n'a pas compris ce que la personne a dit; ou bien encore, il se peut qu'en reproduisant les expressions dont il a été fait usage, le témoin les altère sans mauvaise intention, d'où résulte un changement sensible dans la physionomie de la déclaration[2] ».

Il se peut aussi qu'une semblable déclaration, fût-elle vraie, ait été faite sous l'empire d'une crainte telle que ce sentiment en vicie la portée. Aussi, en général, un tel aveu ne saurait prouver suffisamment le crime. Le fait cri-

1. Toutefois il existe une exception à cette règle : au cas d'accusation de trahison, la constitution des Etats-Unis règle qu'il ne peut y avoir de recevable qu'une déclaration de culpabilité faite devant la cour (et le jury), art. 3, sect. 3.

2. Earle V. Dicken 5 C. L p. p. 542 espèce décidée par M. le justicier Parke.

minel doit être établi sans tenir compte de semblables témoignages, et l'aveu ne doit, en tous cas, servir qu'à rattacher l'accusé au crime commis.

Enfin le témoin qui déclare avoir entendu l'aveu, reste soumis à toutes les règles des preuves qui ont été sommairement indiquées ci-dessus, et qui se trouvent expliquées et commentées tout au long par les auteurs et par la jurisprudence.

De tout ceci il ressort clairement qu'au cours des débats, l'accusation ne saurait adresser une question, un seul mot à l'accusé. De son côté il n'est tenu à rien dire ; jusqu'à ces vingt dernières années il ne pouvait même rien dire. C'est vers ce temps-là qu'aux Etats-Unis d'abord, et plus tard en Angleterre, on a conçu et appliqué un nouvel adoucissement au sort de l'accusé; il peut maintenant presque partout, dans les pays américains ou anglais, témoigner en sa propre affaire et en sa faveur.

Ce privilège est inscrit depuis 1878, dans les lois des Etats-Unis, et il l'est maintenant aussi dans les lois d'un grand nombre d'Etats.

En conséquence de ce principe, si la défense juge devoir le faire, elle appelle l'accusé comme

témoin dans sa propre cause; celui-ci prête ordinairement serment, tout comme les autres témoins, et comme eux il est interrogé par son avocat. Toutefois à lui comme aux autres s'applique la règle inflexible du contre-interrogatoire qui est alors dirigé par l'avocat du gouvernement; ce dernier ne peut pas sans doute adresser toutes sortes de questions; il doit se tenir dans les limites où s'est renfermé l'avocat de la défense; mais, dans ces limites, l'avocat du gouvernement peut, au moyen de tous interrogatoires, s'efforcer d'obtenir la vérité du témoin; sans doute celui-ci reste toujours libre de ne pas répondre, en déclarant qu'il ne saurait s'incriminer; mais une déclaration de cette nature produirait, sans aucun doute, un effet déplorable sur l'esprit des jurés. Il est bon d'observer d'ailleurs que les jurés, quand ils délibèrent, ont droit de donner au témoignage de l'accusé l'importance qu'ils croient devoir lui attribuer; ils restent souverains juges des faits.

La défense ayant clos l'audition des témoins à décharge, l'accusation a droit de faire une contre-preuve, en produisant de nouveaux témoins[1].

1. Rebuttal.

Enfin l'accusation résume les faits et les points de droit, la défense réplique, et à l'accusation reste le dernier mot. Les deux parties soumettent alors au juge les conclusions de droit sur lesquelles elles lui demandent de prononcer. C'est alors que le juge prend la parole: il décide les questions de droit posées dans les conclusions, et il résume les preuves de fait; le jury doit se conformer aux décisions des points de droit que le juge a prononcées; mais il n'en est pas de même en ce qui regarde le résumé des faits établis; son droit d'examen et de décision restent entiers [1]. C'est dans ces conditions que la cause est remise au jury [2].

Le jury doit prononcer à l'unanimité; les motifs qui imposent cette règle, ont été si bien exposés par le seul écrivain français qui ait donné une attention approfondie à cette ques-

1. Il faut observer que, dans certains Etats, le jury reste juge de l'application de la peine.

2. Il est à remarquer que l'avocat de la défense peut, au moment où le juge a prononcé sur ses conclusions, marquer toutes exceptions; ces exceptions comme toutes celles qu'il aura interposées aux décisions interlocutoires, que le juge a pu rendre, pourront avoir, comme nous le verrons, une importance extrême au moment où le verdict vient de prononcer que l'accusé est coupable.

tion que c'est avec un vrai plaisir qu'on citera ici ses paroles.

« Quant à moi, a dit feu monsieur le duc de Broglie, je pensais, avec tous les jurisconsultes d'Angleterre, que le principe de l'unanimité était l'essence même du jury ; que, dans les cas ordinaires, c'était le seul procédé qui fît justice des précautions personnelles, des fantaisies d'esprit, des arguties de logique ; le seul qui, dans les cas douteux ou délicats, garantît au sein du jury une discussion libre, large et sérieuse ; le seul qui fît dépendre la décision de l'énergie des convictions *réelles* plutôt que du nombre des *demi-convictions* ; le seul qui, rendant tous les jurés solidaires de la décision, domptât les faiblesses, mît à nu les réticences, prévînt les désaveux, les protestations individuelles, et maintînt aux yeux du public la dignité et l'autorité de la justice.

« A ceux qui prétendaient que l'unanimité du jury n'était qu'une fiction, je répondais par l'exemple immémorial de l'Angleterre et des Etats-Unis.

« A cette objection banale que, pour réduire les jurés anglais à l'unanimité, on les prenait

par la famine, je répondais que c'était un vieux conte comme la vente des femmes au marché ou le maintien du combat judiciaire ; que le juge qui présidait les assises avait pouvoir, et en usait au besoin, de satisfaire aux demandes du jury, quand la discussion se prolongeait au delà de quelques heures, ce qui était rare. A ceux enfin qui reproduisaient l'éternelle objection de la différence entre le caractère français et le caractère anglais, je répondais par l'exemple de la France elle-même.

« Le croirait-on en effet, que, dans une commission de vingt-cinq membres dont plus de moitié étaient magistrats en exercice, je fusse le seul qui se souvînt que, durant douze ans (de l'an V à 1808), le principe de l'unanimité du jury avait été appliqué sans difficulté et sans réclamation dans toute la France, sous cette unique condition, qu'au cas où les jurés ne parvinssent pas à se mettre d'accord dans les vingt-quatre heures, l'affaire serait renvoyée à la session suivante : cas d'exception qui ne s'était jamais présenté plus de quarante fois par an sur plusieurs millions d'affaires, et ne se serait pas présenté du tout, si le délai eût été

un peu plus long. Sur dix-huit cents arrêts rendus en quatre ans par le seul tribunal criminel de la Seine, le cas d'exception ne s'était présenté que vingt et une fois[1]. »

Le verdict une fois rendu, au cas où il est favorable à l'accusé, il est vrai de dire qu'en général, il met fin à toute procédure ultérieure contre lui. Le V[e] amendement à la constitution des Etats-Unis exprime cette doctrine en ces mots énergiques : « Nul individu ne sera soumis deux fois pour la même offense à courir le risque de la vie ou de ses membres. »

Dans un traité de droit criminel, il serait sans doute nécessaire de bien comprendre l'étendue du principe et les exceptions qu'il doit subir, ainsi que les controverses qu'il a soulevées ; mais, pour ne donner ici qu'une idée générale de ce sujet, il suffit de dire qu'une personne a été mise *légalement en danger*, quand il y a eu épreuve (procès) devant un tribunal compétent, sur acte de mise en accusation (ou sur information sous serment, en cas de délit), et que cette épreuve eût pu amener condamnation par le jury. Tout procès de cette nature constitue la

1. *Souvenirs du feu duc de Broglie*, volume II, pp. 75-77.

chose jugée; elle en a les éléments essentiels ainsi que les effets.

Si le jury a rendu un verdict de culpabilité, dès que la sentence a été prononcée par le juge, il y a lieu à pourvoi contre tous les ordres interlocutoires, y compris ceux qui portent sur la recevabilité des preuves, et contre toute décision du juge rendue sur les points de droit réglés avant que l'affaire ait été soumise au jury.

En d'autres termes, un seul élément du procès ne saurait donner lieu à pourvoi, c'est le verdict même du jury.

Il n'y a pas d'ailleurs à expliquer ici cette partie de la procédure criminelle, ni d'insister même sur le sujet du pourvoi; il n'est pas le résultat de principes constitutionnels; il vient d'une autre source. En établissant la doctrine du pourvoi, on a eu en vue d'assurer à l'homme toutes les garanties possibles contre l'erreur judiciaire; mais il ne pouvait être question de protéger un des droits du citoyen; c'est seulement d'une manière indirecte qu'un second examen des décisions du juge criminel peut affecter les principes établis dans les constitutions américaines.

De quelques autres garanties données à la protection individuelle.

Pour ne pas compliquer l'exposé des questions qui viennent d'être présentées, deux points essentiels ont été omis sur lesquels il faut cependant insister.

En premier lieu, la constitution des Etats-Unis dit, comme nous l'avons déjà remarqué, que « nul ne sera contraint dans un procès criminel, de porter témoignage contre lui-même » ; (V^e amendement), les constitutions des Etats sont presque toutes aussi formelles sur ce point.

En second lieu, une loi des Etats-Unis, rendue en exécution de ce principe constitutionnel, a statué que « la déposition faite par un témoin devant une des chambres ou devant un comité d'une des chambres du congrès, ne sera jamais produite en preuve contre son auteur dans n'importe quelle procédure criminelle qui serait ultérieurement intentée contre lui ». Une seule exception est faite relativement à l'action pour parjure fondée sur ce témoignage même[1].

1. Voir section 860 U. S. *Revised Statutes.*

Cette disposition si importante dans le droit constitutionnel du peuple américain, n'a pas, que je sache, été l'objet d'une seule décision judiciaire fédérale; mais elle a été fort bien expliquée et appliquée par la cour des appels de New-York dans une cause criminelle, et récente et célèbre. Cette cour a jugé que les aveux faits par le témoin cité à comparaître devant un comité législatif, ne sauraient être produits contre lui au cours d'un procès criminel [1].

Enfin il faut marquer une autre disposition de la loi des Etats-Unis, rendue en exécution du même principe de droit constitutionnel pour la protection de l'accusé. « Aucunes conclusions

1. Affaire Sharp contre le peuple de l'Etat de New-York. Sharp avait été cité à comparaître devant un comité nommé par le sénat de New-York, et qui examinait certaines accusations de corruption ; Sharp témoigna et admit en fait la vérité des charges ; il fut ultérieurement accusé, jugé et condamné à dix ans de pénitencier. Le juge qui présidait au procès, reçut en preuve les déclarations faites par Sharp devant le comité du sénat ; d'après lui, rien n'obligeait Sharp à faire ces aveux, et, s'il les avait faits, ils devaient rentrer dans la catégorie des déclarations volontaires. — En appel, devant la cour des appels, la question fut débattue avec beaucoup de force ; la cour décida qu'il y avait erreur dans la sentence et la cassa. Voir Sharp *V° the people* ; 107 *court of appeals* pp. 427 et suivantes.

prises, aucunes révélations ou preuves obtenues au cours d'une procédure judiciaire faite aux Etats-Unis ou dans un autre pays, ne pourront être offertes en preuve ou tournées contre celui qui a pris ces conclusions ou fait ces révélations, ou fourni ces preuves. Nulle cour des Etats-Unis siégeant au criminel, ne saurait les admettre[1] ».

Ainsi l'accusé ne peut être forcé de témoigner contre lui-même; ses livres, ses lettres, ses papiers ne seront pas produits contre lui, parce que, s'ils l'étaient, en réalité l'accusé serait amené à faire indirectement ce qu'il ne saurait être forcé de faire directement; plus encore, s'il a témoigné dans une enquête parlementaire, ce qu'il a pu y révéler ne sera pas reproduit contre lui. Sont enfin exclues toutes procédures judiciaires auxquelles il a pu être partie. Par conséquent, il est vrai de dire que, non seulement l'accusé a les avantages de la présomption d'innocence, mais qu'il est absolument interdit à l'Etat qui l'accuse d'un crime ou d'un délit, de s'armer de ses déclarations antérieures. S'il est accusé, à

1. U. S. *Revised Satutes* sec. 860.

l'accusateur à faire la preuve publiquement et par le moyen de la production de ses témoins, qui seront confrontés avec l'accusé, comme nous l'avons expliqué.

Et pourquoi toutes ces prescriptions si détaillées sont-elles énoncées dans les diverses déclarations de droits, et font-elles ainsi partie intégrante des principes du droit constitutionnel? C'est que d'instinct plus encore que par suite de principes établis et déduits, les Américains ont compris d'eux-mêmes que, sous le couvert de l'instruction criminelle, pouvait se cacher, se développer, s'étendre la plus abominable tyrannie; et que, si le citoyen n'y prenait garde, il aurait trouvé son maître presque sans le voir venir. Qu'on n'en doute pas; ce n'est pas parce qu'il y a en Angleterre et aux Etats-Unis un parlement ou un congrès, qu'il y a en Angleterre des ministres responsables, et aux Etats-Unis un président élu par le peuple, que ces pays sont libres. Toutes ces institutions constituent un ensemble de rouages de gouvernement, voila tout. Ces rouages fonctionnent souvent d'une manière favorable à la liberté; mais ils peuvent fort bien se mettre à

fonctionner contre elle. Pour ces raisons, la liberté doit être indépendante des pouvoirs publics, protégée contre eux; avoir sa forteresse qu'ils ne sauraient attaquer et surtout qu'ils ne sauraient prendre.

De l' « habeas corpus ».

Il est impossible de traiter en quelques pages des questions que soulève l'exercice de ce writ célèbre auquel nous avons déjà fait allusion nombre de fois. Et cependant il est encore plus impossible de n'en pas faire ici mention.

Voici donc, en peu de mots, ce qu'est le « writ d'habeas corpus [1]. » Tout individu qui a des raisons de penser qu'il a été arbitrairement arrêté, et qu'il est détenu sans motifs ou sans motifs suffisants, a le droit d'adresser une pétition à tout justicier, ou juge compétent. Il y explique comment il a été arrêté et comment il est détenu, et il prie le magistrat d'ordonner à

1. Je crois, comme je l'ai déjà dit, qu'il serait assez exact de rendre en français le mot *writ* par celui de lettres de bref ou simplement de bref; mais je laisserai ici le mot anglais; il est assez célèbre pour être compris de tous.

celui qui le détient de le conduire au tribunal, afin qu'il y soit statué sur l'emprisonnement et décidé s'il est légal. Cette pétition est soumise au juge. Celui-ci examine si elle présente des raisons suffisantes pour qu'il y ait lieu d'ordonner la production du détenu. Au cas où il conclut en faveur du pétitionnaire, il émet l'ordre et fixe le jour où il entendra la cause. Au jour dit, le prisonnier est produit devant la cour; il représente au juge ses griefs par voie de déclarations volontaires sous serment ; la partie défenderesse a le droit d'y répondre en la même forme. Le juge entend l'affaire ; et il peut, s'il y a lieu, ordonner la mise en liberté pure et simple ; il peut aussi ordonner la mise en liberté sous caution, en fixant lui-même le montant de la caution.

De sa décision il y a appel ; au cas où le tribunal inférieur aurait rejeté la pétition du détenu, celui-ci peut porter la question devant les juges d'appel.

Si nous traitions ici du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis, nous aurions à examiner la question de compétence en matière d'*habeas corpus* ; mais ceci nous entraînerait trop loin de notre sujet.

Nous nous bornerons donc à citer ces paroles de Blackstone : « mais la procédure efficace dans tous les cas de détention arbitraire, est celle de l'*habeas corpus ad subjiciendum*, qui met en cause la personne qui en détient une autre, et lui ordonne de produire le *corps* du prisonnier, de marquer le jour et la cause d'arrestation et d'emprisonnement, en vue de faire, d'accepter et d'exécuter ce que le juge décidera dans la question. Ceci est un writ de haute prérogative, et, par conséquent, d'après le droit coutumier, il émane de la cour du banc du roi et s'étend sur les domaines du roi ; car le roi a toujours le droit de savoir pourquoi la liberté du sujet est gênée partout où elle pourrait l'être [1]. »

Qu'on change simplement les mots « le roi » et qu'on y substitue ceux-ci « le peuple, » et l'on aura toute la philosophie de la procédure de l'*habeas corpus* aux Etats-Unis [2].

1. Voyez Blackstone, vol. 3. p. 131.

2. Nous traiterons de l'*habeas corpus* dans la seconde partie de ce travail, lorsque nous expliquerons les princi-

Conséquences de ce qui précède.

Ces principes fondamentaux appliqués constamment depuis un peu plus d'un siècle, — je parle seulement de la période où ils ont définitivement pris possession de la société anglo-américaine, — n'y ont pas affaibli les forces de protection que toute grande société demande pour son propre maintien. Ils ont simplement amené l'adoption de méthodes différentes pour la découverte de la vérité et pour le châtiment des coupables. Grâce à ces méthodes, on a pu découvrir et punir les crimes, sans violer pour cela le droit de l'individu, sans envahir sa demeure, sans saisir ses papiers, sans le violenter par des questions, sans lui faire subir parfois sur les moindres soupçons, toutes les tortures morales que des codes savants ont inventées et que la pratique a constamment aggravées. Il suffit pour se convaincre de la vérité de ces assertions, de suivre les séances

pes constitutionnels qui gouvernent la matière, et aussi sa suspension en temps de guerre étrangère ou d'insurrection intérieure.

d'une cour criminelle américaine; on peut voir comment la preuve s'y fait, comment l'accusation et la défense sont contraintes de se borner aux points essentiels, comment le jury arrive à une conviction ordinairement juste.

Au surplus, il est évident qu'au fond de la question d'une bonne administration de la justice criminelle, se cache cette autre question sur laquelle la pensée de l'Anglais et celle de l'Américain diffèrent complètement de celle de l'Européen du continent. En Angleterre et aux Etats-Unis, on ne s'est jamais imaginé qu'il était d'un intérêt essentiel pour la société que toute offense fût recherchée quand même, et punie quand même; on s'est dit, on se dit chaque jour qu'il est plus que suffisant que la loi soit respectée et qu'elle soit appliquée toutes les fois qu'il y a lieu de la mettre à exécution, mais qu'il n'était pas dans le génie même de l'esprit moderne d'être constamment aux aguets et aux écoutes pour savoir s'il ne se tramait pas dans l'ombre quelque secrète machination. C'est de ce quelque chose de soupçonneux, d'inquiet, d'agité que semble s'imprégner

l'esprit des gouvernements de l'Europe continentale. Ce n'est pas trop hasarder que dire qu'ils croient avoir à charge les âmes et les corps, et que, par leurs officiers de police, et par le corps d'agents employés pour toutes sortes de police, il est de leur devoir de pénétrer tous les mystères, de recueillir tous les bruits, les plus indistincts même, qui peuvent être entendus.

De là une certaine allure tyrannique qui existe partout, et qui, à elle seule, suffirait pour détruire les éléments mêmes de la liberté de chacun ; à ce point de vue, l'idée de la procédure criminelle, telle qu'elle est conçue ailleurs que dans les pays anglo-saxons, est d'une nature détestable ; elle démoralise.

Mais ce n'est pas tout : elle exerce une mauvaise influence sur le magistrat ; elle fait de lui non plus un homme impartial et neutre; elle en fait une sorte d'inquisiteur. Les interrogatoires dirigés par le juge (je ne parle pas de ceux des « grands jours » qui sont pires encore,) dénaturent le caractère de sa fonction sociale ; ils le rendent incapable d'administrer une bonne justice. C'est la procédure de

l'inquisition, moins la torture physique. Faut-il se demander maintenant pourquoi le magistrat est devenu trop souvent en Europe un « instrument de règne » et de parti? Faut-il s'étonner aussi qu'il se forme et s'accumule lentement dans le fond du corps social des masses de fiel, qui tôt ou tard, trouveront leur chemin et se répandront à la surface; et que, dans ces jours de colère, ceux qui ont été pendant les années de paix apparente, des ministres de répression sociale, se trouvent tout à coup les victimes de ceux-là même contre lesquels leurs coups ont le plus souvent porté!

Que ceux qui ne peuvent comprendre ces idées, assistent soit en Angleterre; soit aux Etats-Unis à un débat criminel. Ils verront l'attitude de l'accusé quel qu'il soit. Quand un conflit s'est élevé entre l'avocat du gouvernement et celui de la défense, et que le juge va trancher la question, l'accusé a comme un moment de répit, car il sait que, non seulement il peut compter sur l'impartialité de la décision, mais aussi que, même s'il y a doute, c'est lui qui en aura le bénéfice. De là ce senti-

ment universel de respect qui entoure la magistrature et plus encore le magistrat.

Et qu'on ne s'y trompe pas ; dans les grands changements que nos sociétés contemporaines d'Europe sont forcément appelées à subir, il y en a bien peu qui n'aille pas directement se heurter contre une ou plusieurs offenses définies et punies par le droit pénal. Eh bien ! quand un réformateur se trouvera en face de ces barrières légales, élevées par nos sociétés, on en viendra à lui appliquer encore et les vieux usages et les « lois existantes » ! Après avoir essayé de pareils moyens jusqu'à les avoir usés, on y aura encore recours ! et on sera persécuteur jusqu'au moment où la force se retournera contre ceux qui l'auront invoquée. C'est presque à désespérer de sociétés qui se défendent aussi mal et aussi gauchement.

Je conçois qu'au contraire, au moment même où une des questions mal définies, connues sous le terme générique de questions socialistes, se présentera sous une forme concrète, ce sera tout d'abord au magistrat et au jury à les résoudre ; et en Angleterre et aux Etats-Unis, c'est d'eux qu'elles recevront tout d'abord les

seules solutions équitables. Georges Wilkes et quelques autres accusés de libelles, ont peut-être plus fait que lord Chatam, pour assurer la liberté de la presse. C'est devant la magistrature et devant le jury d'Angleterre qu'ont été reconnus les droits mêmes que Charles Fox a incorporés dans son fameux projet de loi.

Dans cette masse confuse d'idées, de plans encore mal digérés que l'on désigne sous le nom générique de socialisme, il y a des choses que l'avenir trouvera excellentes, et qui sont destinées à passer bientôt dans les institutions; que dis-je ? il y en a certaines qui émeuvent tant le conservateur européen, et qui, cependant, sont si parfaitement équitables qu'elles sont déjà appliquées dans certains Etats des Etats-Unis où certes l'esprit conservateur domine ; (par exemple, l'exemption de taxes au profit des personnes dont le capital n'excède pas 5000 francs). Eh bien ! ces questions dites sociales, peuvent et doivent même se présenter presque toujours sous la forme d'actions criminelles. Malheur aux sociétés qui s'appellent conservatrices, si elles

ne sont pas mieux préparées à traiter demain avec les propositions nouvelles, qu'elles ne sont prêtes aujourd'hui à les supprimer au moyen de leurs escouades d'officiers de police et de leurs juges instructeurs.

Mais il y a un autre point de vue où la démoralisation, résultant du despotisme installé de la sorte au centre même du corps social, se révèle avec une gravité croissante; je veux parler de l'action que ces pratiques produisent sur le légiste, sur le corps des avocats. Dans un des documents les plus remarquables de la jurisprudence de ce temps, — on ne peut, en effet, lui donner le nom de décision, puisqu'il s'agit de l'opinion dissidente de M. le justicier Miller dans l'affaire intitulée « *ex parte Garland* », — ce magistrat reconnu aujourd'hui, et à bon droit, comme un des hommes les plus éminents qui aient illustré la magistrature, a décrit de la manière suivante les fonctions, les droits et les devoirs des membres du barreau.

« La fidélité au gouvernement sous lequel il vit, le vrai et loyal attachement qu'il lui porte, et un sincère désir de le maintenir, sont parmi les conditions les plus essentielles qui devraient

être exigées de l'avocat. L'histoire de la race anglo-saxonne montre que, depuis des siècles, les membres de la « profession légale » ont eu une grande puissance pour rendre le gouvernement bon ou mauvais. Par la nature même de leur office, ils forment le sentiment public sur les questions de gouvernement, et chaque jour ils prennent part à l'interprétation et à la mise à exécution des lois. C'est parmi eux que sont nécessairement choisis les juges qui interprètent les lois et la constitution. A l'appui de cette vérité, je vais jusqu'à affirmer que, si tous les membres de la « profession légale » qui se trouvaient dans les Etats récemment en insurrection[1], avaient eu cet élément essentiel d'une loyale et fidèle allégeance au gouvernement, les horreurs de cette insurrection nous auraient été épargnées[2]. »

Eh bien ! s'il en est ainsi, qui ne sera frappé de la détestable éducation que recevra le légiste, obligé par sa profession d'entrer en contact avec un système de procédure qui nie

1. Ceci était écrit en 1866, après la guerre de sécession.
2. Voyez *ex parte Garland; dissenting opinion;* 4 Wallace, 333-399.

et met à néant tout élément de liberté individuelle? Ses notions du vrai et du juste se fausseront dans les rapports quotidiens qu'il doit avoir avec magistrats et clients ; à ce contact il peut contracter des habitudes serviles, et, s'il ne cède pas à ces instincts bas, il risque beaucoup de devenir déclamateur et parfois révolutionnaire.

En effet, s'il s'habitue à voir chaque jour foulés aux pieds les droits de l'être humain, la liberté individuelle ; et, si l'élévation de son esprit ne le met pas au-dessus de la moyenne d'idées qui l'entoure et de l'atmosphère qu'il respire, il finira par s'y complaire ; il consentira à jouer un rôle dans ces tristes représentations qui attirent l'attention populaire; et il est fort à craindre qu'il se trouve bientôt à l'aise au milieu de scènes dont il se tiendrait soigneusement à l'écart, sans la mauvaise éducation qu'il a reçue. Le seul Français de notre siècle qui, grâce à son grand esprit, ait compris ou plutôt entrevu l'immense gravité de la question, est incontestablement le feu duc de Broglie. Or voici ce qu'il écrit dans ses Mémoires : parlant d'un essai de simplification dans la procédure

criminelle, car il ne s'agissait de rien plus — l'auteur ajoute : « (L'audience) avait pris un caractère humain, sensé, sérieux; elle avait dépouillé ce caractère d'imbroglio, et cet appareil de mélodrame qui dénature et défigure, en France, l'administration de la justice criminelle. Mais en même temps, je ne tardai pas à m'apercevoir que le mélodrame était fort cher au public; que les avocats regrettaient infiniment leurs beaux mouvements d'éloquence; et les magistrats le plaisir de mettre les accusés à la question, à coups de langue, faute de mieux[1]».

Et c'est précisément la vérité. De là cette détestable éducation qui pervertit l'esprit même de beaucoup d'avocats des meilleurs, et souvent des plus noblement doués; instruits de la sorte, s'ils sont transplantés dans un autre milieu, ils y portent les mêmes habitudes de penser et de parler; ils sont violents, déclamateurs; ils chercheront presque les scènes, les incidents, les attitudes émouvantes; de là, en grande partie, le caractère oratoire du continent de l'Europe; et de là, en très grande partie aussi, le discrédit dans lequel

1. *Souvenirs du feu duc de Broglie*, vol. II, p. 81.

tombent de temps à autre les discussions politiques de célèbres assemblées.

Quand on pense, d'autre part, à la démoralisation générale que produisent dans l'esprit public les enseignements fournis par ce qu'on nomme si justement alors le « drame judiciaire », on ne peut pas s'empêcher d'y voir un des signes les plus marqués d'une décadence des mœurs; on en est venu par mauvaise éducation, par perversion des principes de la liberté, à trouver un plaisir tout particulier dans ces scènes de cour d'assises qui indignent et éloignent tout légiste anglo-saxon.

« J'avais conduit dans cette même cour d'assises, dit encore le feu duc de Broglie, le vieux lord Ellenborough, le « chief justice » du banc du roi, archi-tory assurément, à peu près le plus illibéral de tous les Anglais, et il n'était pas resté dix minutes à l'audience, qu'il prenait son chapeau avec colère et me disait « *for shame*[1]! »

D'après nous, les libertés politiques ne servent qu'à assurer et à garantir la liberté et les droits de l'individu ; ces droits sont inaliéna-

1. *Souvenirs*, vol. II, p. 81.

bles, imprescriptibles ; ils appartiennent à chacun ; chaque citoyen les a reçus en héritage de ses ancêtres qui les ont conquis pour lui, et il lui incombe de les maintenir. Sur ce terrain du droit absolu, il ne saurait y avoir ni compromis ni malentendu. Les droits du plus humble, du plus malheureux des sujets de la Reine, ceux du plus méprisable citoyen des Etats-Unis, sont les droits mêmes des nobles chefs de l'aristocratie britannique et des citoyens les plus respectés des Etats-Unis. A ce point de vue, il n'y a pas de société aristocratique, il n'y a pas de société démocratique ; le principe de la solidarité, pour se servir d'un mot moderne, est le fondement même des sociétés libres. Qu'il soit attaqué, et la société elle-même l'est ; et, si ce principe périt, alors la société libre est morte.

On raconte que lord Brougham montrant les tribunaux anglais à M. Berryer, lui dit : « Je vous ai fait voir le parlement, les ministres : eh bien, je n'ai que ceci à ajouter : tout ce que je vous ai montré n'est en place, que pour arriver à grouper dans ce réduit ces douze individus, » et il lui montrait un jury entendant une affaire.

Explication qui serait d'une exactitude parfaite si Henry Brougham eût dit : Toutes nos institutions politiques ont eu pour objet d'assurer la liberté et les droits du sujet anglais, et cette liberté et ces droits tomberaient dans le néant, si l'ensemble des institutions criminelles qu'il nous a fallu cinq ou six cents ans pour établir, n'était pas devenu inébranlable ; résultat acquis maintenant, et auquel le maintien du jury a infiniment contribué.

CHAPITRE XIV

DU JURY.

(Suite des deux chapitres précédents).

Le sujet est d'une telle importance qu'il paraît nécessaire d'y revenir encore une fois.

Les garanties de la liberté individuelle que nous venons de soumettre à l'examen, ne sont point de même date, ni n'ont point toutes la même origine. Au début, cette liberté n'est guère protégée que par les deux jurys; par le grand jury qui, en Angleterre, a formé dans le comté la grande enquête du pays, et qui, à ce titre, est investi de diverses attributions ; et par le « petty jury » ou jury de jugement. Mais la procédure est bien loin d'offrir alors les garanties qu'elle offre aujourd'hui ; chacune d'elles est le prix de bien des luttes, de bien des efforts.

Ce que nous en avons dit présente donc l'ensemble des résultats acquis graduellement pendant six ou sept siècles, et auxquels le nôtre a contribué pour sa bonne part.

Mais pendant que la procédure protégeait de plus en plus la liberté individuelle, qu'elle en arrivait vraiment à assurer « une épreuve loyale », est-il vrai de dire que l'institution de deux jurys ait gardé exactement la position éminente qu'elle avait il y a cent ans?

Ici il est permis d'exprimer quelques doutes; dans ma pensée, la double institution doit être maintenue à tout prix; et en Angleterre, autant qu'il est permis d'en juger, elle est en sûreté, au moins pour longtemps; je crois même que, dans la grande majorité des Etats qui forment l'Union, il en est comme en Angleterre; on peut affirmer qu'il n'y a aucun désir dans l'esprit public de modifier en quoi que ce soit, les amendements à la constitution des Etats-Unis qui en garantissent l'existence et le maintien.

Mais il est évident que, dans certains des Etats nouveaux, la tradition se modifie sensiblement. En 1876, le Colorado a réduit de

vingt-quatre à douze le nombre des grands jurés (constitution, article II Sect. 23). En 1875, le Missouri avait adopté la même disposition, et avait déclaré que neuf membres du grand jury suffisaient pour prononcer la mise en accusation (constitution du Missouri, art. II, Sect. 28)[1]. Ces faits sont en réalité peu importants; ils sont d'une application

1. Des quatre Etats qui viennent d'être admis dans l'Union, le Dakota septentrional et le Dakota méridional, le Montana et le Washington, les deux derniers ont adopté dans leurs constitutions des clauses restrictives au sujet du grand jury — je n'ai pu me procurer encore que le texte officiel de la constitution du Montana. « Les offenses criminelles, y est-il dit, qui rentrent dans la compétence des tribunaux inférieurs aux cours de district, y seront poursuivies sur dépôt de la plainte. Dans les cours de district toute action criminelle, à l'exception de celles qui y sont portées en appel, seront poursuivies par voie d'information après enquête préliminaire (examination) et ordre donné par un magistrat, ou sur autorisation de la cour; dans les autres cas, il y aura lieu à poursuites par voie de mise en accusation (indictment) sans enquête préliminaire, ou sans autorisation de la cour. Un grand jury sera formé de sept personnes, dont cinq doivent donner leur adhésion pour « trouver » une mise en accusation. » Enfin les sessions du grand jury deviennent facultatives; c'est au juge du district qu'il appartient de le convoquer — rappelons-nous que, d'après le droit coutumier, il n'en est nullement ainsi (Constitution du Montana de 1889, article III, section 8).

limitée à un petit nombre d'Etats; et cependant, si on les rapproche les uns des autres, et qu'on songe aux discussions nombreuses auxquelles l'institution du grand jury à forme anglaise, et le principe même de l'unanimité du jury de jugement ont donné et donnent encore lieu, on ne peut s'empêcher de faire sur ce sujet de graves réflexions.

Il se peut sans doute que les objections soulevées de notre temps contre la bonne et vieille institution s'apaisent; qu'elles disparaissent et s'oublient. Si l'on considérait la grande influence de la cour suprême des Etats-Unis, qui assez récemment a affirmé avec une énergie extrême et dans tout son entier la nécessité en cas de crime, de la mise en accusation par le grand jury[1], on

1. La cour suprême a examiné, dans l'affaire de Hurtado contre l'Etat de la Californie, la question de savoir si un Etat pouvait, en vertu d'une disposition constitutionelle, mettre un individu en accusation par voie d'*information*; et elle a conclu en faveur de la validité d'un arrêt de mort rendu à la suite d'un verdict du jury de jugement (Petty jury). La décision de la cour est extrêmement instructive. Il en résulte que la constitution d'état et non celle des États-Unis doit s'appliquer dans l'espèce. — (Hurtado Vo the people of California 110 n. S. pp. 516 et suiv.) — D'autre part, dans une décision un peu plus récente où il s'agissait cette fois des lois d'un *territoire* des Etats-Unis, la cour a maintenu,

devrait penser qu'il ne saurait exister de doute sur le maintien dans son intégrité du principe anglais. Et cependant il est permis de se demander si certains faits qui se sont produits dans ce siècle, n'ont pas affecté plus ou moins le principe même de l'institution. Je veux parler des progrès mêmes de la liberté individuelle et du système de garanties qui l'entourent. Nous l'avons déjà dit, au moyen-âge et à l'origine des libertés anglaises, le grand jury tient des sessions solennelles qui les protègent. Au moins il signale les abus ; il se prononce contre eux. Lui seul détermine s'il y a lieu à mise en accusation ; mais, de notre temps, qui peut être « saisi ou emprisonné, sans être immédiatement placé sous la protection même du magistrat? » Celui-ci n'est plus l'agent royal qu'il était du temps de la grande Charte, le justicier envoyé par la couronne ; il est, dans presque tous les cas, l'élu du peuple; il tient son pouvoir de juger de ce même peuple qui formera le grand jury et le jury de jugement.

comme nous l'avons dit ailleurs, l'absolue nécessité de l'action du grand jury pour mettre en accusation un individu inculpé d'un crime capital. (*Ex parte* Wilson 114 u. s. pp. 417 et suiv.)

Ainsi, d'une part, un ensemble de règles protectrices de la liberté individuelle, arrivées à un tel degré de perfection, qu'il ne peut guère y être ajouté que dans le détail, et de l'autre, le principe d'une magistrature élue, c'est-à-dire émanée du même pouvoir souverain, au sein duquel seront recrutés le grand jury et le jury de jugement. S'il est permis de comparer des choses dissemblables, il en est ici un peu comme dans le cas des législatures de nos jours vis-à-vis du pouvoir souverain ; elles sont sans doute, comme cela a été dit précédemment, la représentation du peuple, mais elles ne représentent plus le peuple contre le pouvoir d'un souverain d'origine féodale; de même le grand jury représente sans doute le peuple contre les abus d'autres délégués du peuple, mais il n'a plus à le défendre contre les agents d'un pouvoir d'origine étrangère. Quant au jury de jugement, il a des raisons d'être qui survivent à celles-là mêmes qui ont dû le produire; il fournit cette sorte de moyenne de justice que la société demande à tel jour, à telle heure. En outre, il ne saurait être remplacé, car on ne lui a pas encore trouvé d'équivalent, et il est fort

difficile d'en découvrir un. Mais ici même s'élèvent des critiques fort sérieuses, qui se comprennent bien, si l'on pense aux progrès qu'ont faits les garanties données à la liberté individuelle. Il y a quelques centaines d'années, il n'existait en réalité qu'une garantie à cette liberté, et c'était le jury qui la constituait; de notre temps, la situation a changé; et de ce changement sont venus les doutes et les incertitudes. Quand de l'aveu de tous les sujets, leur liberté dépendait presque exclusivement du jury, nul n'aurait songé à blâmer ses lenteurs, ses indécisions et quelquefois aussi la bizarrerie de ses verdicts; il s'agissait de le défendre et de le maintenir à tout prix; c'était, si on peut le dire, le *Palladium* des libertés anglaises. Evidemment à bien des égards, il est encore, et il sera au moins pendant bien longtemps, une institution d'autant plus nécessaire qu'on ne sait que mettre à sa place; mais sa situation ne s'en est pas moins sensiblement modifiée.

Et, si on veut mieux mesurer le changement qui s'est opéré à son égard dans les institutions judiciaires, qu'on oublie un moment le jury criminel et qu'on regarde le jury civil.

En premier lieu, l'ancienne pratique des cours d'équité qui consistait à remettre à un jury la décision de nombre de questions de fait, est complètement tombée en désuétude. Et même dans les affaires qui sont de sa compétence — je veux parler des actions du droit coutumier (common law actions), — combien y a-t-il d'Etats qui ont conservé dans son entier et sans modification, le système ancien du jugement par jury? On les compterait aisément. Mais comme ce n'est pas ici le lieu d'examiner à fond cette grave question du jury civil, nous ne poursuivrons pas davantage ce sujet.

De ce qui vient d'être dit, on peut tirer les conclusions suivantes :

1° Il n'est pas à prévoir que l'institution du grand jury vienne à disparaître; elle peut subir des modifications partielles, perdre quelque peu de son autorité ancienne; mais elle continuera à exister, même si elle venait à être amoindrie, surtout parce que son glorieux passé l'associe intimement au seul système qui a produit la liberté du citoyen.

2° Quant au jury de jugement, bien que je sois loin d'affirmer que le principe de l'unani-

mité ne soit pas destiné à subir des modifications partielles, il est à prévoir que, dans l'immense majorité des Etats, il se maintiendra longtemps encore dans sa forme exclusivement anglaise. Il a pour lui la tradition, la presque unanimité des constitutions d'Etat, le désir de ne pas innover et l'esprit même du peuple.

Par conséquent, en recherchant les causes profondes qui ont déplacé d'une manière assez sensible les fondements mêmes de ces deux grandes institutions, il ne faudrait pas se hâter de conclure qu'elles sont menacées dans leur existence; loin de là. Il en est d'elles comme du pouvoir législatif dont nous avons parlé; on peut en médire, mais on ne peut les remplacer, et, d'ailleurs, le pourrait-on qu'on ne le voudrait pas.

Encore une fois qu'on n'oublie pas qu'à l'ombre de l'institution du grand et du « petty jury », s'est créé graduellement, petit à petit tout l'ensemble des institutions protectrices de la liberté individuelle, de telle sorte que le jury qui seul à l'origine, défendait de sa puissante autorité les droits du sujet anglais, a vu se former en sous-œuvre d'autres moyens de

défense : alors le jury n'a plus été qu'un des agents protecteurs.

Reste cependant qu'il est encore partie du système, et c'est là une des meilleures raisons de sa durée.

CHAPITRE XV

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Les textes du droit constitutionnel qui règlent la matière sont tellement nombreux en Angleterre et aux Etats-Unis qu'il serait inutile d'en essayer ici l'analyse. Par conséquent, j'en citerai un seul ; c'est celui-là même que contient la constitution des Etats-Unis : « nulle personne ne sera privée de la vie, de sa liberté ou de sa propriété, si ce n'est d'après les règles garanties par la loi ». (V^{e} amendement à la constitution). Sous une forme analogue, la même idée se retrouve dans la constitution de chaque Etat. Si le lecteur se souvient de ce qui a été dit dans le premier chapitre de ce livre, elle était déjà nettement exprimée à la fin du XIIIe siècle.

Qu'on veuille bien se rappeler maintenant la méthode de raisonnement que nous avons suivie au sujet des droits à la vie et à la liberté, et qu'on l'applique aux droits de propriété : il n'y a rien à y changer. Le pouvoir législatif ne saurait porter atteinte aux droits de l'individu, à sa liberté ; il n'a pas plus d'empire en ce qui touche sa propriété. « Le peuple a inscrit dans sa constitution nombre de restrictions au pouvoir législatif ». « La principale consiste en ce que personne ne sera privé de la vie, de sa liberté ou de sa propriété sans une procédure légale. » S'agit-il d'une loi qui aurait pour objet de déposséder un individu, cette loi ne serait pas conforme à la constitution. Quelle est, d'autre part, l'étendue de la garantie donnée par la constitution ? « Cette garantie protège la propriété non seulement contre la confiscation, mais aussi contre toute restriction ou limitation par moyen d'un acte législatif, si cet acte législatif n'était pas justifié par les principes d'un gouvernement libre ». « Cette cour, dans des affaires récentes, a revendiqué les droits de l'individu contre une législation injuste et arbitraire qui limitait sa liberté d'agir ou qui im-

posait des restrictions aux entreprises d'affaires, quand la constitution ne les justifiait pas » ; et plus loin : « Les grands principes de la liberté civile, tels qu'ils sont incorporés dans nos constitutions d'Etat, ont été établis par nos ancêtres anglais ; et, sur des questions de la nature de celles que nous avons à examiner, nous pourrons étudier avec profit les principes et la pratique du droit anglais[1] ». J'ai choisi à dessein cette décision qui a été rendue, il y a quelques mois à peine, et qui se trouve dans le plus récent volume de la collection où est publiée la jurisprudence de la cour des appels de New-York, pour bien montrer que les principes n'ont pas changé.

Nous n'essayerons pas ici de redire avec quelque détail, au sujet des droits de propriété, ce que nous avons expliqué déjà sur le droit à la liberté. D'ailleurs le fond même de la question nous paraît de nature à être exposé sous une forme concrète qui permettra de la rendre plus aisée à saisir.

Pendant l'automne de 1889, des citoyens

1. The people Vs Budd; 117 court of appeals of New-York pp. 1 et suiv.

éminents et influents de New-York eurent l'idée de célébrer, en 1892, le quatrième centenaire de la découverte de l'Amérique par Christophe Colomb ; à cette fin, ils conçurent le dessein d'avoir à New-York une exposition universelle. De la valeur de l'idée il n'y a rien à dire ici ; puisqu'aux fêtes religieuses de l'antiquité et du passé chrétien, il est de mode de faire succéder de nos jours des concours de manufacturiers, à bon droit New-York pouvait en ouvrir un. Mais pour de pareilles entreprises, il faut nécessairement de grands édifices, par conséquent de grands terrains où les construire. Les comités organisés pour conduire à bonne fin le plan suggéré, songèrent d'abord à installer l'exposition tout à côté et aussi dans une partie du parc central de la ville ; puis forcés d'y renoncer, ils s'arrêtèrent à un certain emplacement, fort bien choisi d'ailleurs. Seulement les terrains ainsi convoités, appartenaient à des particuliers ; quelques-uns consentaient bien à traiter à l'amiable, mais d'autres ne voulaient rien entendre ; il fallait donc procéder par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique. Or ceci se pouvait-il ? La

législature de l'Etat avait-elle, en vertu de la constitution, le droit d'ordonner cette mesure d'expropriation? Telle est la question que certains intéressés chargèrent M. James C. Carter d'examiner, et à laquelle celui-ci a répondu en donnant la consultation dont je me propose de faire ici une courte analyse. Le nom de M. Carter est assez connu, sa réputation de jurisconsulte assez bien établie, pour qu'on puisse s'en rapporter avec pleine confiance à ses opinions sur les droits constitutionnels du citoyen.

On me demande, dit M. Carter, si la législature a le pouvoir de voter une loi autorisant le maire et la municipalité de New-York à acquérir certains terrains sis dans la ville, pour y construire des bâtiments destinés à une exposition d'arts, de sciences, de manufactures, etc.

Cette question appelle l'examen des circonstances dans lesquelles la législature a droit de faire usage du pouvoir souverain qui consiste à prendre par force, et contre la volonté du propriétaire, une propriété, en vue de l'affecter à un objet d'utilité publique. Les cas où ce droit est exercé sont nombreux, et cependant on ne

saurait dire que les tribunaux aient bien nettement déterminé les principes qui les régissent.

Cependant il est reconnu partout que la propriété ainsi prise doit être affectée à un usage général, et qu'elle doit bénéficier au public; et, dans presque tous les débats judiciaires auxquels ces matières ont donné lieu, la controverse a tourné sur la question de savoir s'il s'agissait d'un intérêt général ou d'un intérêt particulier. D'où la règle que ce droit peut seulement s'exercer dans le premier cas ; c'est donc la nécessité seule qui en justifie l'exercice ; « un examen critique de la matière montre que la plus importante considération qui la gouverne est celle de la nécessité d'assurer le bien public » ; le droit s'attache surtout à cette considération.

Et cette nécessité ne s'établit qu'à deux conditions : en premier lieu, le besoin général qu'il s'agit de satisfaire doit être impératif ; ce que le public désire doit être de telle nature qu'il ne peut s'en passer, sans compromettre les fins essentielles que toute société a pour objet d'atteindre.

En second lieu, il faut que la propriété qu'il s'agit d'acquérir par force, doive nécessairement l'être de cette façon, sous peine d'avoir à s'en passer entièrement. En ce qui regarde les routes, les forts, les aqueducs, il y a nécessité absolue, non seulement que le public ait ces choses, mais qu'elles soient placées en un lieu déterminé ; la nature de ces services publics impose le choix du lieu où ils doivent être établis. Ici l'intérêt du propriétaire cède devant la nécessité générale ; et, si ce propriétaire ne veut pas consentir à une vente à l'amiable, il doit être contraint à céder aux besoins généraux qui s'imposent.

Appliquant ces règles à l'affaire qu'il examine, M. Carter en arrive à conclure que le projet d'une exposition universelle ne saurait rentrer dans ces prescriptions du droit public.

Et ici nous arrivons à la partie de la discussion qui porte directement sur un des points vitaux examinés dans ce volume. Le projet dont s'agit ici est-il de telle nature que les règles sur l'expropriation en matière d'utilité publique puissent s'appliquer ? Telle est la question qu'il appartient aux tribunaux de dé-

cider. Seuls ils ont droit de dire s'il s'agit dans l'espèce, d'une nécessité publique. En remplissant les devoirs de leurs fonctions, les juges ne seront pas retenus par les termes employés dans la loi; ils iront plus loin; ils rechercheront quel est l'objet qu'elle a réellement en vue. C'est ce qui a déjà été décidé par la cour des appels de New-York dans une espèce très semblable ; la cour ne s'en est pas tenue aux artifices de langage du rédacteur de la loi; elle a été au fond même des choses; et, découvrant que la loi en question ne pouvait avoir tout au plus pour objet que de procurer un avantage et un plaisir au public, et non de satisfaire à une nécessité générale, elle a décidé qu'il n'y avait pas justification suffisante pour l'exercice de la haute prérogative de la souveraineté invoquée à l'aide de l'entreprise.

Et M. Carter conclut sa consultation de la manière suivante : « Il paraîtra peut-être à quelques personnes que, si cette manière de voir est juste, il existe dans ce pays de grands obstacles pour mettre à exécution des entreprises très recommandables, et que les gouvernements d'Europe semblent conduire à bonne

fin sans grandes difficultés. Il peut en être ainsi. La validité d'actes législatifs dans des gouvernements despotiques ou qui héritent des traditions du despotisme, est rarement mise en cause devant les tribunaux. C'est ici que se révèle la principale distinction entre les gouvernements républicains constitutionnels comme les nôtres, et les autres gouvernements; tout ce que j'ai à dire, en réponse à cette suggestion, est qu'elle ne présente aucune raison valable de mettre en doute la justesse de mes conclusions. Celles-ci doivent être appréciées en les rapprochant des principes constitutionnels reconnus partout dans les Etats-Unis, et expressément énoncés dans la loi fondamentale de New-York. Mais je ne puis m'empêcher d'ajouter que, si les avantages, la gloire et la splendeur d'une exposition universelle ne peuvent être obtenus chez nous qu'au prix de l'abandon de la moindre des sauvegardes que nos principes d'hommes libres ont créées contre l'exercice du pouvoir et pour la garantie de la propriété, ils seraient achetés à trop haut prix. »

Dans cette consultation, la question du droit

de propriété est trop clairement marquée pour qu'il reste quoi que ce soit à y ajouter : on y voit comment la déclaration du droit de propriété contenue dans la constitution, doit gouverner l'action du pouvoir législatif. On y voit surtout comment, au cas où la loi émanée de la législature viendrait affecter un droit individuel, celui-ci ne serait pas pour cela sacrifié ; car restent les tribunaux qui ont le pouvoir nécessaire pour examiner la loi ; et si la loi violait ce droit individuel, au mépris de la constitution qui le définit et le garantit, au juge incombe le devoir de mettre cette loi à néant.

En d'autres mots, quand il s'agit de la garantie du droit de propriété, les choses se passeront exactement comme dans tous les cas où la liberté individuelle est en jeu ; mêmes règles, même procédure.

CHAPITRE XVI

DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

Nous ne parlerons pas ici du droit constitutionnel qui, en Angleterre, réglait au XVIIIe siècle les rapports de l'Etat avec l'église anglicane, avec les dissidents et avec les catholiques romains [1]; nous n'entendons pas examiner non plus comment les diverses communions chrétiennes étaient organisées dans les colonies anglo-américaines avant la révolution; venons-en tout de suite à l'époque de la déclaration d'indépendance; car c'est à ce moment qu'une idée nouvelle se produit, et c'est bientôt après que de cette idée, naît une liberté sans précédents dans le monde moderne.

1. M. May a parfaitement traité la question dans son *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*, chap. XII-XIV.

En 1776, la déclaration des droits de la Virginie est déjà sur la trace de la découverte; elle contient ces mots : « Tous les hommes ont également droit au libre exercice de la religion[1]. »

A la même date, la Pensylvanie dit à peu près la même chose; sa constitution est cependant plus explicite : « Personne ne peut être contraint d'assister aux exercices d'un culte religieux », ou de contribuer à son entretien « contre sa libre volonté; » « aucune personne qui reconnaîtra l'existence de Dieu », ne sera privée de ses droits civils ou de ses droits politiques, quelle que soit sa conviction religieuse[2].

Le Maryland dit à peu près la même chose; mais il maintient cependant le principe d'un impôt également réparti, en vue de subvenir aux frais des diverses communions, conformément au désir du citoyen imposé; la même section contenait encore d'autres réserves, notam-

1. Constitution de la Virginie de 1876; déclaration des droits, section 16. Voir *Charters and constitutions*.

2. Déclaration des droits de 1776, sect. IIe; ibid.

ment au sujet des églises et des propriétés de l'église épiscopale d'Angleterre [1].

Le Massachussetts affirme le pouvoir de la législature « à autoriser et à requérir », au cas où ils ne le feraient pas spontanément, « les diverses villes, les paroisses, et autres corps politiques ou sociétés religieuses », à maintenir « un culte public de Dieu » et des ministres protestants « qui enseignent la piété, la religion et la moralité. » La pensée se complète par la disposition suivante : « La législature aura le droit d'enjoindre à tous les sujets d'assister aux instructions » des ministres, dont leur conscience ou leur convenance leur permet d'entendre les enseignements. Le droit de choisir ou d'élire le ministre est réservé à la ville, à la paroisse ou à la société religieuse. Enfin il est déclaré que toute société chrétienne sera égale aux autres devant la loi, et qu'une secte religieuse ne sera jamais placée sous la dépendance d'une autre secte [2].

On le voit par ces exemples, il est bien évi-

1. Section XXXIII de la déclaration des droits du Maryland en 1776; ibid.

2. Première partie, art. IV ; ibid.

dent que l'esprit public est arrivé au point de reconnaître l'égalité et la liberté des dénominations religieuses ou au moins protestantes, (évidemment dans le Massachussetts les catholiques romains n'ont pas encore de droits), mais, pour la plupart des Etats, la question est encore bien loin d'être résolue comme elle le fut bientôt après.

C'est d'un arrêt de la cour suprême des Etats-Unis que j'extrais l'histoire de la transformation qui s'opéra vers 1784 dans les rapports de l'Eglise et de l'Etat. C'est, en effet, alors qu'ils se séparèrent complètement l'un de l'autre. En 1784, la chambre des délégués de la Virginie discuta un projet de loi dont l'objet était « l'établissement de ministres [1] de la religion chrétienne ». Cette assemblée prononça l'ajournement de la discussion jusqu'à l'année d'après, et elle ordonna « l'impression et la distribution du projet », « afin que le peuple fût invité à faire connaître sa manière de voir sur l'adoption du projet, avant la session suivante. »

1. Le texte se sert de l'expression « maîtres » ou, si l'on veut, « professeurs » (*teachers*).

Ce projet de loi « provoqua une opposition déterminée. » M. Madison, entre autres, prépara un « mémoire et des remontrances » qui reçurent une publicité étendue, et furent approuvées par un grand nombre de signataires ; il y démontrait que la « religion », ou bien encore, « nos devoirs envers le créateur, échappaient à la compétence du gouvernement civil ». Dans sa session suivante, l'assemblée des délégués rejeta le projet ; mais elle fit beaucoup plus ; elle en adopta un autre dû à M. Jefferson, et qui avait pour objet « d'établir la liberté religieuse ».

Le préambule de cette loi définit la liberté religieuse. Après avoir dénoncé comme une dangereuse erreur qui détruit de suite cette liberté, l'intervention du pouvoir civil dans les questions d'opinion, et sa tendance à restreindre la propagation des principes, sous prétexte qu'ils peuvent avoir des conséquences fâcheuses, la loi déclare que quand les principes « sont devenus des actes publics contre la paix et l'ordre publics », il est temps que le pouvoir civil intervienne. Dans la première phase, c'est à l'Eglise qu'il

appartient d'agir; dans la seconde, ce sera à l'Etat.

C'est un peu plus d'un an après l'adoption de cette loi, que se réunit la convention qui a préparé la constitution des Etats-Unis. M. Jefferson, alors ministre à Paris, n'en était pas membre. Mais dès qu'il connut le projet de constitution, il écrivit à un de ses amis pour exprimer le regret de n'y pas trouver une déclaration expresse garantissant la liberté religieuse. Au surplus, il se disait prêt à accepter le projet de constitution, certain comme il l'était, que le bon sens et les inspirations honnêtes du peuple mèneraient à l'adoption des changements nécessaires. C'est ce qui arriva.

Tout en ratifiant la constitution, cinq Etats proposèrent certains amendements; trois autres en ajoutèrent un de plus, en lui donnant toutefois des rédactions différentes; c'était un projet de déclaration de liberté religieuse; plus tard un quatrième Etat fit de même.

En conséquence, lors de la première session du premier congrès, M. Madison proposa en même temps que les autres amendements, « que

le congrès ne ferait pas de lois au sujet de l'établissement d'une religion, ou qui aurait pour objet d'en interdire le libre exercice » (amendements, art. Ier). Cet amendement répondait aux désirs des partisans de la liberté, et il fut adopté.

« Subséquemment, M. Jefferson répondant à une pétition que lui présentait un comité de l'association Baptiste de Danbury, en prit occasion de prononcer ces paroles : « Croyant avec vous, dit-il, que le sujet de la religion est restreint aux seuls rapports de l'homme avec son Dieu, que l'homme ne doit compte à personne ni de sa foi ni de son culte, et que les pouvoirs législatifs du gouvernement atteignent seulement les actes et non les opinions, c'est avec un souverain respect que je regarde cet acte du peuple américain, déclarant par l'organe de sa législature, qu'il ne serait pas fait de loi qui affecterait l'établissement d'une religion ou qui serait contraire au libre exercice du culte ; il a élevé ainsi un mur de séparation entre l'Eglise et l'Etat. Adhérant à cette expression de la volonté suprême du peuple en faveur des droits de la conscience, je verrai

avec une satisfaction sincère les progrès de ces sentiments qui tendent à replacer l'homme dans ses droits naturels ».

Ces paroles, émanées de celui-là même qui est le chef reconnu des partisans de la liberté religieuse et le créateur de la mesure constitutionnelle qui l'a assurée, peuvent à bon droit être considérées comme un commentaire autorisé de l'amendement en question. « Le congrès a été privé de tout pouvoir sur l'expression de simples opinions, mais il lui a été réservé d'atteindre tout acte qui constituerait une violation des devoirs sociaux [1].»

La distinction établie par M. Jefferson entre l'expression d'une opinion et l'acte matériel, est sans doute exacte ; mais s'il était permis de faire ici une réserve sur les commentaires qu'en vient de donner la cour suprême des Etats-Unis, il faudrait peut-être dire que cette distinction n'a pas toute l'importance qu'on semble y attacher; ce qui est bien plus remarquable dans la conception de M. Jefferson, c'est d'avoir maintenu l'idée même que tous les cultes échappaient au contrôle des pouvoirs publics ; et qu'à condition

1. Reynolds V[s] the United States; 98 U. S. pp. 162-164.

de ne pas troubler la paix publique par des actes extérieurs contraires au bon ordre, ils étaient libres, complètement libres. La maxime fondamentale peut alors se réduire à ceci : l'Etat ne saurait s'occuper des affaires spirituelles ni des intérêts matériels des églises.

En d'autres termes, si l'on veut aller au fond des choses, M. Jefferson, fatigué des discordes que les affaires religieuses avaient occasionnées Angleterre pendant deux siècles, et peu rassuré par l'histoire religieuse des colonies américaines, entendait, une fois pour toutes, que le pouvoir civil n'eût plus à s'en mêler, soit pour y épuiser ses forces, soit pour s'y compromettre. Que l'idée fût juste, nul ne le contestera; qu'elle ait produit de grands effets, c'est ce que reconnaîtra tout homme de bonne foi. Mais que M. Jefferson ait bien vu toutes les conséquences du principe ainsi énoncé, c'est ce qui est beaucoup moins sûr.

Nous ne faisons pas ici l'histoire de la liberté religieuse aux Etats-Unis. A d'autres plus compétents en ces matières de les traiter; aussi nous franchissons d'un coup cinquante ou soixante années, et nous constatons que la doc-

trine de M. Jefferson est acceptée de tous, et qu'elle est universellement reconnue dans le droit public. « Le libre exercice et la jouissance de la foi et du culte religieux, sans distinction ou préférence, seront à jamais permis à tout le monde dans cet Etat, dit la constitution de New-York de 1846.[1] »

Mais le texte ajoute: « La liberté de conscience ici garantie, ne pourra être interprétée, de manière à excuser des actes licencieux, ou à justifier des pratiques contraires à la paix ou à la sécurité de l'Etat[2]. »

Et la même idée est reproduite dans toutes les constitutions. Citons un seul exemple, celui du Colorado : la constitution de 1875 dit : Le libre exercice du culte religieux, sans distinction aucune, sera pour toujours garanti, « et nul ne sera privé d'aucun droit civil et politique » à cause de ses opinions religieuses; suivent les mêmes restrictions qui se trouvent dans la constitution de New-York; puis le Colorado ajoute : « il ne sera imposé à

1. Article I, section IIIe : Voir « Charters and Constitutions » déjà cités.

2. Ibid.

personne, sans son consentement, d'assister aux exercices d'un culte » ou de participer à ses dépenses ; « aucune préférence ne devra non plus être assurée par la loi à une dénomination religieuse ou à une forme du culte. [1]»

Tout le droit américain en matière religieuse est dans cette section; et il suffit d'ajouter qu'il est universellement appliqué.

Rejetées en dehors de l'organisation politique, les églises diverses, les dénominations religieuses les plus différentes, retombaient dans le régime du droit commun. Mais ici il faut bien s'entendre sur le sens de ces mots : le droit commun. Quand le comte de Cavour a prononcé les paroles si souvent redites, et qu'il annonça vouloir établir l'Eglise libre dans l'Etat libre, je veux bien croire qu'il entendît simplement séparer l'Eglise de l'Etat, et la replacer sous l'empire exclusif du droit commun. Mais supposons, qu'un Américain eût désiré mettre à nu ces retentissantes déclarations : Sans doute, il aurait dit, l'Eglise ou plutôt les Eglises prospèrent aux Etats-Unis, sous le régime du droit commun. Mais savez-vous

1. Article II, sect. IVe. voir ibid.

bien ce qu'est notre droit commun ? Je me bornerai à vous dire qu'il est le contraire de ce droit que les codes sardes ont à peu près copié dans la législation française de Napoléon. Or vos lois limitent le droit d'association, et édictent partout le principe de l'intervention de l'Etat ; maintenant vous vous proposez de rejeter l'Eglise en dehors du domaine du privilège, et de la placer dans une région où le principe de l'association est ou limité ou supprimé! Dans ces conditions, l'Eglise libre dans l'Etat, de libre devient en droit et en fait, l'Eglise asservie entre les mains de l'Etat despotique. C'est tout simplement comme si, en 1813, l'empereur Napoléon avait entièrement aboli le concordat, séparé tout à coup l'Eglise de l'Etat, et lui avait dit : Tenez, vous voilà bien à l'aise sous le régime du droit commun; conformez-vous aux dispositions des cinq codes, suivez les ordonnances des rois, celles des pouvoirs révolutionnaires et les miennes sur la capacité de recevoir des dons et legs, sur la police des églises et autres édifices consacrés au culte que vous pourrez construire ou entretenir; souvenez-vous que toute réunion de plus de vingt personnes est

prohibée; que toute association ne peut exister sans être autorisée, reconnue ou au moins tolérée. Souvenez-vous aussi que je ne supporterai d'autre enseignement que celui de mon université; et enfin n'oubliez pas que c'est moi qui dois surveiller vos rapports avec le Saint-Siège. A ces conditions vous êtes libre. Sous des formes un peu adoucies, aurait ajouté notre Américain répondant à M. de Cavour, c'est ce « droit commun » que vous proposez d'appliquer au nouveau royaume que vous avez tant contribué à fonder.

Et ici l'Américain aurait eu raison en tous points ; car s'il s'agit du droit commun, tel qu'il est entendu aux Etats-Unis, ce régime convient on ne peut mieux au développement de la foi chrétienne; quant au régime de l'Eglise libre en Europe, dans l'état actuel où s'y trouve le droit public, ce serait simplement l'absolue servitude de l'Eglise, ou des Eglises quelles qu'elles soient.

C'est donc de ce régime du droit commun appliqué aux dénominations religieuses aux Etats-Unis, et seulement de lui qu'il peut s'agir ici.

Mais avant de l'expliquer, un mot sur ses

origines : la couronne d'Angleterre avait créé un assez grand nombre d'établissements ecclésiastiques dans les colonies, et quelques-uns avaient été richement dotés ; d'autres qui se sont fondés de diverses manières et à divers titres dans cette même période coloniale, avaient aussi, au moment de la révolution, des biens considérables. En pareille matière, l'Américain a respecté entièrement le passé ; ces fondations d'origine antérieure, ont conservé et leurs chartes et leurs biens ; aujourd'hui l'une d'elles possède des propriétés d'une valeur immense, au milieu même de la ville de New-York [1].

1. Parmi les actes de l'assemblée constituante française de 1789, un de ceux que de grands jurisconsultes américains peuvent le moins comprendre, est celui qui a décrété la confiscation des biens du clergé. Je nommerai ici un légiste très éminemt auquel j'ai entendu librement exprimer cette manière de voir : « Comment ! disait Jeremiah S.Black,— et on ne peut guère citer plus haute autorité en pareille matière, — se peut-il expliquer qu'une donation ou une vente faite à titre perpétuel à une institution religieuse, constituée en personne civile, puisse être révoquée par l'Etat qui n'y était pas même partie ? » Et cela, sans le consentement formel de ceux qui avaient fait le contrat ou de leurs successeurs? Un autre jurisconsulte dont je tairai le nom parce qu'il est encore vivant, me ra-

En second lieu, si l'on veut bien se rappeler ce que nous avons dit précédemment des corps autonomes ou spontanés, on se souviendra que, pour être constitué en personne civile et en avoir tous les attributs, acquérir à titre onéreux, recevoir à titre gratuit, posséder, transmettre, ester en justice, il faut, d'après le droit coutumier, un acte créateur d'un pouvoir public ; donc, en Angleterre avant 1776, comme aux Etats-Unis dans les premières années qui ont suivi la révolution, toute association religieuse qui a voulu acquérir la personnalité civile, devenir, en un mot, un corps complet, a dû nécessairement se munir d'un acte de la législature de l'Etat ; acte obtenu d'ailleurs sans grande difficulté; question de forme et non de fond. Mais, comme nous l'a-

contait que, voyageant assez récemment en France, il avait lié conversation avec plusieurs prêtres qui se trouvaient dans un même compartiment de wagon; il les avait questionnés sur les effets de la confiscation des biens du clergé en 1789. Ces prêtres étonnés de l'entendre s'exprimer fort librement sur cet acte, lui avaient curieusement demandé son opinion; alors l'Américain en question leur avait dit simplement : « que c'était un vol fait au préjudice de l'église. » Le côté curieux de ce récit, c'est que l'Américain protestant épouvanta les ecclésiastiques français.

vons dit aussi, peu à peu les législatures en sont venues à voter des lois générales portant que toute réunion de personnes dont le nombre est fixé par la loi (cinq ou sept personnes, par exemple) qui s'associeraient en se conformant aux prescriptions de la loi, et qui, après les avoir exécutées, remettraient au secrétaire d'Etat de l'Etat et au greffier de la cour de l'Etat pour le district où se trouve le siège de l'association, un certificat de l'acte d'association, auraient *ipso facto*, constitué une personne civile et en auraient acquis tous les droits.

Aucune surveillance du secrétaire d'Etat de l'Etat, presque aucune surveillance spontanée du pouvoir judiciaire; l'être moral est né, et d'un coup, il a acquis tous ses droits virils. Il peut dès lors faire tous actes.

J'évite de surcharger cette matière de questions techniques; je citerai donc seulement ces quelques mots empruntés à une décision judiciaire qui, bien qu'ancienne, fait encore autorité : « Les tribunaux dont la compétence s'étend aux affaires temporelles de l'Etat, ne s'arrogent aucune autorité, excepté au cas où il y aurait lieu de protéger les droits civils

des tiers, ou de faire respecter la paix publique. Toutes les questions relatives à la foi, aux pratiques suivies dans l'église, et à ses membres, sont de la compétence des tribunaux ecclésiastiques, auxquels les membres de l'association « se sont volontairement soumis [1]. »

Dans cette décision on peut noter déjà une distinction entre la personne morale et l'église elle-même; entre l'association constituée en exécution de la loi (charte ou loi générale), et l'assemblée des fidèles qui, d'habitude, se réunissent pour pratiquer ensemble les actes du culte. Cette distinction s'accentue de plus en plus à mesure que la jurisprudence tend à mieux définir les questions d'ordre ecclésiastique; « l'église rattachée à la société n'est pas reconnue par la loi comme ayant une entité distincte ». Il se peut même que les membres de l'association ne soient pas membres de l'église qui s'y rattache. D'où cette conséquence que l'association peut changer la forme de son administration, sa foi religieuse, les pratiques de son culte, sa discipline ecclésiastique, à la

1. Baptist Church V• Witherell; 3 Paige pp. 301 et suivantes.

seule condition de ne pas violer les articles d'association, et les lois de l'Etat. » Ainsi la personne morale n'est nullement « une personne ecclésiastique », si on pouvait se servir de cette expression [1].

En d'autres termes, les tribunaux de l'Etat ne sauraient connaître des actes des administrateurs de la personne civile, en tant qu'il s'agit de leurs fonctions; toutefois, comme ces administrateurs, ou au moins certains d'entre eux, sont investis du titre légal à la propriété qui appartient par leur intermédiaire à la personne civile, à cet égard ils rentrent dans les règles communes édictées par la loi; et, si les droits d'un tiers sont mis en cause, incontestablement il est de la compétence des juges ordinaires de connaître du litige [2].

En un mot, qu'il s'agisse d'une personne morale constituée pour organiser une banque, pour construire un chemin de fer, pour fabriquer des machines à coudre ou pour organiser un culte religieux, soit d'après les pratiques adoptées dans les églises dites indépendantes,

1. Voyez Roberts V• Bullions; II New-York pp. 249 et suiv.
2. Ferraria V• Vasconcellos; 31 Illinois p. 25.

soit d'après celles des églises qui se rattachent à une grande unité religieuse, ce sont les mêmes règles essentielles qui s'appliquent. Les détails prescrits par la loi diffèrent seuls.

Dans tous les cas, le corps spontané s'organise et prend vie en vertu d'une charte spéciale ou par application d'une loi générale. Aux yeux de la loi, ce corps spontané est composé d'un certain nombre de personnes. Ce sont celles-là même qui forment l'être moral ; qu'une fois créé, cet être moral construise une église, y invite des croyants, qu'un ministre y dirige l'enseignement religieux et les cérémonies du culte ; tout ceci peut être fort important pour la « corporation », mais n'existe pas aux yeux de la loi. C'est en plus d'un sens comme si une association de banque, constituée en personne morale, avait dans un de ses bureaux des réunions hebdomadaires, où seraient invitées diverses personnes pour lire ensemble un chapitre de la Bible. Ceci ne saurait affecter la condition de la banque en tant que personne morale. De même pour les associations religieuses ; la personne morale et les individus qui se réunissent dans l'église dont elle est

propriétaire, sont tout à fait distincts ; la loi connaît la première et ne s'occupe pas des autres. Et encore il faut ne pas perdre ici de vue que la loi qui crée la compétence des tribunaux, ne s'occupe de la personne morale qu'en ce qui touche aux questions de propriété.

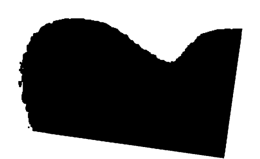
Enfin il est vrai de dire que, si ailleurs, il a existé de grands corps judiciaires qui ont eu la passion d'intervenir sous toutes les formes dans les affaires de l'église, aux Etats-Unis c'est toujours avec grande répugnance que les tribunaux entendent les affaires de cette nature. N'a-t-on pas vu la cour suprême des Etats-Unis saisie d'une question de cet ordre, différer le plus possible le moment de rendre son arrêt, afin de donner aux parties le temps d'arriver à un compromis, et, quand elle a été forcée de trancher le différend, s'excuser presque d'être contrainte de le faire[1] ?

Si j'entendais traiter la question même des nombreuses organisations ecclésiastiques aux Etat-Unis, cet arrêt auquel je viens de faire allusion, devrait tenir une place spéciale dans la discussion ; c'est là où l'on peut trouver l'exa-

1. Watson V. Jones ; 13 Wallace p. 679.

men peut-être le plus lumineux de la matière; il en offre un traité complet; mais il ne rentre plus dans le droit public américain. C'est un chapitre de droit sur la constitution des églises.

Revenons-en donc aux corps spontanés que nous avons devant nous; nés d'un acte de la volonté des associés, ayant acquis leurs droits en vertu du contrat qui les constitue; indépendants de tout pouvoir politique, justiciables des tribunaux de droit commun aux seuls cas où des questions relatives à la propriété qu'ils possèdent en fidéicommis viendraient à être soulevées par des parties intéressées, que leur manque-t-il pour se défendre contre tout empiètement? Rien, peut-on répondre, car ils ont à leur disposition les mêmes actions judiciaires qu'a tout homme pour maintenir ses droits. Et non seulement il est vrai qu'ils peuvent ester en justice, actionner et être actionnés sans l'autorisation de personne, mais leur droit va en core plus loin : ils peuvent, en leur qualité de personne morale, exercer l'action du droit commun que nous désignerons sous le nom d'action pour empiètement, bien que le mot rende mal le



sens étendu du terme anglais « *trespass* » qui s'étend à tout acte commis au détriment du propriétaire. Sans doute il ne serait guère à propos d'expliquer ici la nature et l'étendue de cette action, mais quelques exemples montreront de quelle sauvegarde elle entoure la propriété de la personne morale, c'est-à-dire l'église, la maison de réunion et les autres propriétés. Ainsi nul officier de justice ne saurait y pénétrer pour y faire une perquisition, ou une saisie qu'aux mêmes conditions exigées dans les cas où perquisition et saisie sont autorisées dans l'habitation d'un simple citoyen; les garanties de la liberté individuelle que nous avons analysées dans un des chapitres précédents, s'appliquent ici; par conséquent, nul ne violera ce domicile de l'association, ce sanctuaire protégé par la loi moderne. Presque toutes les législations positives des Etats sont venues donner tour à tour leur sanction à ce droit de la personne morale.

Et supposons qu'il eût été violé par un pouvoir constitué. Ici, comme dans toutes les hypothèses examinées au courant de ce livre quand il s'est agi de la garantie des droits in-

dividuels, le pouvoir judiciaire va immédiatement paraître avec l'autorité et la compétence qui lui sont propres; c'est lui qui devra protéger la personne morale, tout comme il protège l'individu.

En revenant en arrière, voyons quel chemin a fait la liberté religieuse dans cent ans; d'abord il s'agit simplement de tolérance religieuse; d'égalité des dénominations chrétiennes devant la loi; et ceci n'exclut pas entièrement l'idée de l'intervention de l'Etat. Il y a même des communions religieuses qui, dans quelques Etats, sont encore l'objet de faveurs spéciales, tandis que d'autres sont traitées en proscrites. En peu d'années tous ces derniers restes du passé s'écroulent; l'Etat déclare n'avoir plus qu'un devoir : celui de se désintéresser entièrement des affaires ecclésiastiques; et, à condition que les opinions exprimées dans l'église, ne produisent pas des actes tangibles et contraires aux lois ou à la paix publique, l'Etat n'a cure de ce qui se dit ni de ce qu'on pense. Ici le droit constitutionnel a résolu la difficulté en rejetant l'église, ou plutôt les églises, en dehors de l'Etat.

Ce n'est pas, si l'on veut, une solution rationnelle d'une des questions qui ont le plus divisé et troublé le monde. L'Etat a simplement dit aux églises diverses qu'en règle générale, il n'entendait plus se mêler de leurs affaires; que c'était à elles de s'organiser sous l'empire du droit commun ; mais cette politique n'en a pas moins produit des résultats prodigieux. Ce droit, très favorable aux églises dans son principe même, le devenait plus encore par le fait que l'immense majorité du pays s'est montrée persévéramment bien disposée au développement religieux. De là les facilités accordées par les législatures aux sociétés qui voulaient se constituer en personnes morales, et qui, à l'origine ne pouvaient le faire sans un acte spécial; de là un peu plus tard, ces grandes mesures générales, par l'application desquelles les citoyens ont pu organiser les milliers de personnes morales qui couvrent le pays. De là enfin, ce mouvement général de progrès de l'idée chrétienne sous toutes les formes.

Mais ici encore, il ne faut pas l'oublier, rien de pareil n'eût été possible sans l'ensemble de ces dispositions du droit qui assuraient l'indé-

pendance des personnes morales, de quelque ordre et de quelque nature qu'elles fussent; et cette indépendance n'eût pas été elle-même possible, si la liberté individuelle n'en avait pas été le point de départ. Tout, en effet, dans cette grande question de la liberté, se rattache et se tient.

Il ne s'agit ici ni de république, ni de monarchie, ni de pouvoir législatif ni de pouvoir exécutif; il s'agit d'une bien plus importante affaire; il s'agit des droits de l'homme même. Si le corps est garanti dans sa liberté de mouvement, si la pensée l'est aussi dans la sphère d'action où elle peut se mouvoir, si l'association des hommes entre eux est libre, précisément parce que chacun des atomes qui la composent l'est, alors il n'y a plus qu'un pas à franchir, et on arrive à la conclusion que les rapports des âmes avec Dieu et entre elles, sont libre à leur tour. Ainsi au sommet de ce stèle que les siècles ont taillé et élevé, se place cette liberté suprême, celle de l'âme humaine.

La dernière en ordre de date, elle est probablement destinée à un grand avenir. Quelques-uns ne pourront la comprendre sans craindre

que l'esprit religieux, échappant au contrôle de l'Etat finisse par lui créer des embarras redoutables; je n'oserais discourir sur ces éventualités que rien encore ne saurait faire prévoir. Je ne crois pas beaucoup à ce qu'on appelle « les violences protestantes, » et je ne crois pas non plus beaucoup à ce qu'on se plaît à nommer « les envahissements de Rome ». Si d'ailleurs ces violences ou ces envahissements se produisaient, on trouverait aisément dans quelques mesures législatives ou dans certains amendements constitutionnels, les pouvoirs nécessaires pour y porter remède.

Et en terminant ces observations qui ont dû rester nécessairement incomplètes, parce qu'en allant plus à fond dans la matière, il faudrait y consacrer au moins un volume, nous reviendrons encore une fois sur la sanction qu'il faut donner à toute mesure de droit public, en en remettant l'interprétation à un corps neutre, indépendant et impartial, c'est-à-dire au pouvoir judiciaire; si ceci n'est pas fait, les déclarations s'effacent à mesure que le papier où elles sont écrites jaunit, et que l'action du temps blanchit l'encre; si même on peut

les lire encore, ceux qui les ont faites ont souvent intérêt à les oublier, et leurs successeurs au pouvoir, ou ne s'en souviennent plus ou ne se sentent plus liés.

Quel exemple plus étonnant puis-je donner à l'appui de mon dire, sans même sortir de la sphère des idées qui m'occupent dans ce chapitre, que cette loi dite « des garanties », adoptée par le gouvernement italien, au lendemain de la dernière prise de Rome? Ce n'est pas assurément le lieu d'en discuter les termes, ni les conditions; mais qui peut lire ce document étrange sans se demander tout d'abord, quel est le pouvoir chargé d'en interpréter les termes? Comment! mais c'est le pouvoir même qui l'a adopté, qui est juge et partie, et qui va donner un sens à chaque clause.

Maintenant, un exemple: malgré cette loi, des propriétés ecclésiastiques, un fonds consacré par la volonté des donateurs à propager la foi catholique dans le monde, vient à être confisqué, nous dirons en partie seulement; nous dirons même, si l'on veut, que la mesure de confiscation n'a porté que sur la plus misérable masure du plus pauvre quartier de Rome.

Qu'importe, quand le principe engagé est tout simplement le plus grand qui soit au fond des sociétés humaines ?

Un droit, le droit de propriété, le droit individuel d'une personne morale, de la congrégation de la propagande, a été violé. Sous l'empire des lois des Etats-Unis, dans les vingt-quatre heures qui suivraient un acte aussi flagrant, des conseils auraient préparé le dossier, et commencé une action; elle eût soulevé dans ses développements même, les questions relatives à la constitutionnalité des lois de confiscation. Le tribunal en aurait donc déterminé le sens et la validité, en les rapprochant du texte, c'est-à-dire en les comparant à la loi dite des garanties, puisque les Italiens veulent bien reconnaître à celle-ci un caractère supérieur, et la regarder comme faisant partie de leur droit constitutionnel écrit; alors le droit individuel, dans l'espèce le droit de la congrégation de la propagande, eût trouvé une sauvegarde et une protection. Comme les choses sont faites en Italie, l'arbitraire est caché sous les assurances même que l'on donne de respecter le droit. Cet exemple emprunté à l'histoire constitution-

nelle italienne suffit à montrer quel est le point vital de la question de la liberté religieuse; c'est celui-là même que nous avons observé au fond de toutes les libertés individuelles. En un mot, tout droit individuel doit être défini de nos jours dans les textes du droit public; et, toutes les fois qu'il sera violé, il doit pouvoir être l'objet d'une action judiciaire. C'est le magistrat qui déterminera l'étendue du droit individuel par l'examen du texte constitutionnel même, qui en assure la jouissance; toute loi qui affectera l'exercice d'un droit pourra être déclarée contraire à la constitution, et, s'il le faut, elle sera mise à néant dans l'espèce particulière.

Ayant suivi pas à pas la marche historique des Anglo-Saxons vers la conquête de ce que l'on peut justement appeler les libertés maîtresses, ou, si l'on veut, les libertés nécessaires, nous avons trouvé à l'origine les mots de la grande charte qui stipulaient déjà que nul homme libre ne serait saisi ou emprisonné sans le jugement de ses pairs. Un peu plus tard, sur la route des siècles, nous avons observé dès le temps de John Fortescue, que le sujet avait des droits;

que sa propriété, aussi bien que sa personne, échappaient à l'arbitraire ou du moins devaient y échapper. Enfin, vers la seconde moitié du XVIIIe siècle, les libertés du sujet anglais sont définitivement assurées.

C'est à ce moment que les Anglo-Américains reprennent à leur compte toutes les pièces de l'édifice anglais, et qu'ils le reconstruisent en l'altérant aussi peu que possible. Cependant à toutes ces libertés ils en ajoutent une dernière; celle-là même qui n'avait pas été suffisamment comprise jusqu'alors; c'est donc aux Etats-Unis que revient l'honneur d'avoir couronné l'édifice des libertés historiques de l'Angleterre, en assurant la liberté suprême, celle de l'âme.

Après avoir parcouru le cercle des libertés individuelles, il convient de remarquer qu'il existe en dehors d'elles certaines libertés d'un caractère bien différent, que le Ier amendement à la constitution des Etats-Unis définit en ces mots : « Le congrès ne fera aucune loi qui restiendrait la liberté de la parole ou celle de la presse, ou le droit du peuple à s'assembler paisiblement et à pétitionner le gouvernement

pour obtenir le redressement des torts dont il a souffert. »

Il ne s'agit donc plus ici du droit individuel, au moins dans le sens que nous avons donné jusqu'ici à ce mot.

CHAPITRE XVII

DE LA LIBERTÉ DE LA PAROLE, DE CELLE DE LA PRESSE, DU DROIT DE RÉUNION ET DE PÉTITION

Il s'agit ici des droits individuels dans les rapports du citoyen avec la chose publique; jusqu'ici nous avons montré ce citoyen derrière les remparts qui abritent sa personne, couvrent sa vie, sa propriété et s'étendent jusqu'au point où ils protègent la liberté de son âme.

Toutefois le citoyen ne serait pas encore suffisamment garanti dans l'exercice de ses droits, s'il ne pouvait trouver à l'occasion [1] le moyen de faire entendre à tous ses justes

1. Voir le Ier amendement à la constitution des Etats-Unis.

tes. Et, d'autre part, il ne serait pas non en possession de tous ses droits, s'il ne pou-, au moment où il le juge nécessaire, prenune part directe aux affaires du pays.

De là la combinaison d'idées qui a rapproché ns un même paragraphe, le droit de parler, lui d'écrire, celui de se réunir et celui d'adresər des pétitions et remontrances.

A ces droits s'en rattache un autre qui n'est pas formellement énoncé dans la constitution fédérale; c'est celui d'association; mais comme il n'est qu'une conséquence des précédents, il est aussi assuré que ceux-là même dont il découle.

Nous allons dire aussi brièvement que possible, ce que sont ces droits et comment ils s'appliquent.

En ce qui regarde le droit de parler et de publier sa pensée, il ne saurait exister d'autres restrictions que celles qu'imposent le maintien de l'ordre public et les règles sur la diffamation.

Le droit de se réunir, celui de s'associer sont aussi absolus, à condition toutefois, que les réunions soient paisibles et que l'association ait un but licite; si la réunion cessait de se

conformer aux lois et à la procédure d'usage, elle ne rentrerait plus dans la classe des réunions garanties par les constitutions, les lois et les coutumes; et, du moment qu'elle perdrait son caractère, elle tomberait sous l'application des mesures répressives.

L'association diffère de la réunion en ce sens que l'une a un caractère plus ou moins permanent, tandis que l'autre est temporaire; celle-ci est formée la plupart du temps au moyen d'une ou plusieurs réunions qui préparent son établissement, de telle sorte que l'association est alors le résultat de la réunion.

Si l'association ne doit exister que pour un temps limité, elle n'a pour se constituer et durer qu'à s'organiser d'après des pratiques bien connues; son existence ne saurait être troublée par aucune intervention, à condition toujours d'avoir un objet licite; une association formée, par exemple, pour propager la polygamie, serait illicite; mais si elle avait pour objet de changer la constitution du pays par des moyens légaux, elle ne le serait pas.

Enfin l'association peut être établie d'une manière permanente, acquérir des propriétés,

devenir une personne morale; alors il n'y a plus qu'à la ranger parmi ces corps autonomes dont il a été parlé.

Que ces libertés soient la conséquence même des droits concédés originairement par la grande charte, c'est ce qui ne saurait être contesté; qu'elles soient nécessaires pour garantir le citoyen, c'est ce qui est tout aussi évident. Ces principes élémentaires ne sauraient guère être démontrés; d'ailleurs qui ne sent pas ces choses ne peut les comprendre.

Mais ce qui est peut-être plus important à observer, c'est que les gouvernements ne sont vraiment forts que si ces libertés existent en leur plénitude; car c'est seulement de cette façon, qu'aux moments décisifs dans l'histoire d'une nation, le peuple peut s'unir à son gouvernement et lui communiquer la force presque irrésistible qui est en lui.

De notre temps un gouvernement ne peut reposer uniquement sa confiance sur ses régiments, ou sur des majorités assurées au sein des pouvoirs représentatifs élus. Combien on a vu tomber de ministères et de gouvernements qui avaient tous ces appuis! Dans les moments

critiques, la seule force qui sauve ministères et gouvernements, c'est celle qu'ils puisent dans le contact direct avec le pays; si ce contact est bien établi à l'heure décisive, qu'importent les clameurs de la minorité? Qu'importe qu'elle emploie tous les moyens que la liberté a inventés? Si la majorité du peuple fait corps, en quelque sorte, avec le gouvernement, le maintien et le succès de celui-ci sont assurés. Dans ces grandes crises, toutes les libertés que je viens d'énoncer servent à l'objet commun; mais la plus puissante, la plus efficace, c'est la réunion libre des citoyens résultant en une ou plusieurs associations permanentes.

Les événements se succèdent et les générations se suivent les unes les autres avec une effrayante rapidité! Combien parmi les hommes faits qui ont pris part au « meeting » tenu à New-York au printemps de 1861, ont gardé un souvenir précis de cette grande scène! Et cependant, qui, en écrivant ce qui s'est passé au cours de cette année historique, n'attribuera pas un effet décisif sur la marche des événements, à cette réunion libre où près de cent mille citoyens assemblés, décidèrent d'une voix

presque unanime que l'Union devait être maintenue à tous hasards, et le gouvernement des Etats-Unis, sauvé? Quelle force un tel appui donne!

Encore une fois, de notre temps surtout, un gouvernement n'est mis que bien imparfaitement en rapport avec le peuple par le moyen des corps représentatifs ; il n'y est jamais mis par ses agents politiques; il faut pour cela le développement des forces libres du pays.

Et ici je hasarderai une observation: la faute commise par les grands doctrinaires qui ont gouverné la France de 1814 à 1848, a été toujours d'opposer l'ordre à la liberté, les forces de résistance, comme ils disaient, aux forces de mouvement ; exemple : la royauté représente la force de résistance sociale, la chambre élue le mouvement et le progrès. Au fond, rien de ceci n'est exact. Les forces nationales mises en mouvement par les institutions libres, pouvant se déployer grâce à la liberté de chacun, contiennent en elles les éléments essentiels à la sécurité et au maintien du gouvernement. Sans doute, la plupart du temps, elles ne se développent pas, elles ne produisent ni

l'étincelle ni la flamme; mais que l'impulsion soit donnée, et alors l'action même des éléments libres causera une décharge électrique d'une force irrésistible. Et, pour en revenir à l'exemple de 1861, j'affirme que, devant une explosion pareille à celle qui se produisit alors dans tous les Etats du Sud, la grande armée de Napoléon, ou les armées commandées par le roi Guillaume de Prusse auraient échoué dans la répression. Une seule force, celle-là même qui avait assuré après vingt-deux ans le triomphe de l'Angleterre sur la France, et qu'une cause identique avait intensifiée aux Etats-Unis, pouvait reconquérir les onze Etats sécessionistes, reconstituer et rebâtir, cette fois, avec de bon ciment, les Etats-Unis à peu près démembrés[1].

1. Tous ceux qui connaissent l'histoire de la présidence de M. Lincoln, savent qu'il n'a jamais eu l'appui sincère du congrès; que le second congrès, — le 38me qui a siégé pendant son administration, du mois de décembre 1863 au mois de mars 1865, — lui était en grande majorité hostile. M. Lincoln n'eût jamais été renommé si les leaders de ce congrès avaient été les maîtres; et même, après sa seconde nomination, à peine une minorité des deux assemblées fédérales le soutenaient-elles; il n'en fut pas moins réélu à une énorme majorité. M. Lincoln suivait avec une grande attention les mouvements de l'opinion du pays.

Dans la pratique ordinaire, ce n'est qu'à de rares intervalles que le citoyen aura l'occasion de parler sur des sujets qui intéressent directement la chose publique ; les réunions publiques destinées à la discussion d'un grand intérêt national, sont peu fréquentes ; les associations politiques elles-mêmes sont peu nombreuses, et, bien souvent, elles semblent au repos. Une seule force est toujours en jeu depuis tantôt un siècle : c'est la presse, et surtout la presse quotidienne. Non seulement elle ne se repose pas, mais chaque jour son empire s'étend avec la circulation

C'était là où il puisait sa force, et il le savait bien. Il avait des sens d'une acuité sans pareille pour saisir cette opinion ; ceci m'a paru d'autant plus remarquable en cet homme si remarquable à tant de points de vue, que pendant les cinq jours du mois d'avril 1865, que j'ai passés avec lui (du 5 au 9 — il a été assassiné le 14), au milieu des événements mêmes qui terminaient la guerre civile, j'ai remarqué qu'il jetait à peine les yeux sur les journaux. J'étais présent le 9 avril quand on lui apporta les journaux ; il regarda seulement le cours de la bourse de New-York, pour constater comment elle était affectée par les victoires du général Grant ; puis il les distribua aux personnes qui l'entouraient. J'ai toujours pensé que c'était surtout par la réflexion et par ses très fréquents entretiens avec les personnes qu'il savait bien représenter la moyenne de l'esprit public, que M. Lincoln arrivait à le comprendre d'une manière si étonnante.

de ses imprimés ; chaque jour elle gagne un peu de terrain. Qu'on regarde à ce qu'elle était il y a cent ans ; il suffit pour cela d'entrer dans une des bibliothèques où les collections de journaux sont conservées ; on ne peut en ouvrir une sans être frappé du contraste entre le passé et le présent. Le format et les caractères, les sujets traités, tout diffère à un point vraiment inouï. Il y a cent ans que le journal donnait à peine de nouvelles ; d'autre part, ses raisonnements manquaient très souvent de sérieux. Aujourd'hui, voyez la presse : achetez pour deux ou trois sous, un des grands journaux ; l'examen de cet exemplaire suffit à constater le progrès. Faites un pas de plus ; examinez le modèle des presses à bras employées il y a cent ans, puis transportez-vous dans les ateliers où s'impriment les importants journaux, et voyez avec quelle merveilleuse précision et avec quelle surprenante rapidité cent ou cent cinquante mille exemplaires sont, pour ainsi dire, précipités à la fois dans cinq ou six presses perfectionnées, et en sortent en quelques instants, imprimés et pliés, prêts, en un mot, à être jetés en pâture aux lecteurs qui les attendent.

Je n'écris pas ici l'histoire de la presse; que ceux qui s'y intéressent veuillent bien lire les excellentes pages que M. May a consacrées à ce grand sujet dans son *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*, et ils verront à travers quels labeurs, quelles souffrances, quelles persécutions elle a fait son chemin[1]. Dès 1810, M. Sheridan avait tellement compris l'importance future de la presse quotidienne, qu'il en parlait comme suit au Parlement : « Donnez-moi, disait-il, la liberté de la presse, et en échange je donnerai au ministre une chambre des pairs vénale; je lui donnerai une chambre des communes corrompue et servile; je lui donnerai l'usage complet du patronage et des places; je lui donnerai toute l'influence de l'armée ministérielle; je lui donnerai tout le pouvoir que sa fonction peut lui assurer pour acheter la soumission et faire ployer la résistance; puis, armé de la liberté de la presse, je le rencontrerai sans crainte; j'attaquerai sa puissante machine avec une autre plus puissante[2]. » Et de nos jours, sur un ton

1. *Constitutional history of England*, vol. II ch. IX.
2. 6 fév. 1810 cité par M. May, ibid. vol. II p. 181 — cet extrait est tiré des « *Hansard debates* » série XVe, p. 341.

bien différent, un éminent jurisconsulte des Etats-Unis a parlé de la presse dans les termes suivants :

« Par l'intermédiaire de la presse quotidienne et par le moyen du télégraphe électrique, ce qui se passe dans le monde entier; les débats des principales assemblées délibérantes, les événements militaires, les triomphes de la paix, les convulsions du monde physique et celles du monde moral et intellectuel, sont portés à la connaissance de chaque lecteur, en grande partie avant la fin du jour où ces événements se sont produits. Plus encore! dans ce même espace de temps, les actes et les paroles des hommes publics sont devenus propriété publique. Chaque parti a ses organes périodiques; chaque nuance d'opinion sur les affaires politiques, religieuses, littéraires, industrielles ou financières, y est représentée! Chaque localité a sa presse pour défendre ses intérêts; et même les jours regardés comme fériés, ont des journaux spéciaux pour fournir les lectures qui y conviennent. Le journal est, en même temps, le moyen de communication entre elles de toutes les classes de la société;

c'est par lui que le commerçant offre ses marchandises et ses produits. A mesure que son importance s'est ainsi accrue, que l'étendue et la variété des matières se sont développées, les exigences de la société se sont aussi accrues, et elles en sont venues au point que l'éditeur doit fournir chaque jour à ses lecteurs un résumé de tous les événements publics ou privés qui sont présumés devoir l'intéresser. Le journal est en même temps un des agents principaux de l'éducation du peuple ».

« Au sommet comme au bas de l'échelle de l'intelligence, on a recours à lui pour y trouver des informations. Il est lu par ceux qui ne lisent pas autre chose; et, d'autre part, les meilleurs esprits de notre temps en font l'instrument de leurs communications réciproques sur les sujets les plus élevés. En politique, c'est surtout lui qui instruit le peuple, et cependant on peut douter que le journal, en tant que journal, ait jamais agi sur la direction suivie par le droit coutumier et ait conduit à protéger l'éditeur [1]. »

1. *Cooley ou constitutional limitations*, Sect. 451-53.

Voilà donc le journal entré dans l'esprit même des sociétés libres; par un étrange enchainement d'idées, la presse est la seule invention matérielle qui ait fait corps avec l'esprit moderne, et qui en soit devenue partie; ce que l'on ne peut dire d'aucune autre découverte de la science, s'applique exactement à celle de Guttenberg; le jour où il a inventé le caractère mobile, il a créé un instrument destiné à transformer en grande partie les rapports des hommes en société. Le chemin de fer, la navigation à vapeur, le télégraphe électrique, le téléphone les rapprochent; mais la presse à imprimer a fait plus; elle est parvenue à devenir en quelque sorte partie de l'homme social et des droits de l'homme libre.

Quel sera son avenir? Nul ne peut le dire, et on peut d'autant moins le prévoir que, peut-être d'un instant à l'autre, une nouvelle découverte mettra un autre moyen de communication en usage, et viendra renverser à l'improviste toutes les prévisions et détruire la justesse de tous les calculs. Mais si nous prenons la presse quotidienne, telle qu'elle est aujourd'hui, et que nous calculions d'après les don-

nées précises que nous avons sur son origine et sur son passé, on peut dire qu'elle est destinée à agrandir encore sa position actuelle.

D'autre part il est vrai que si la presse n'a pas peut-être tenu encore tout ce que Sheridan en attendait en 1810, en somme elle a rendu à la liberté des services de premier ordre, à tel point que, par une exception qui l'honore au plus haut degré, dans la langue courante on a justement appliqué le mot de droit à l'existence et au développement d'un fait matériel.

Ici on arrive au point compliqué de la question; et ce n'est pas sans d'extrêmes difficultés qu'il est possible d'exprimer en langage usuel les principes juridiques qui gouvernent la répression des crimes ou délits commis dans l'exercice du droit de parler, dans celui de publier sa pensée par la presse ou qui peuvent résulter de l'exercice du droit de remontrances adressées à un pouvoir constitué. Il ne faut pas l'oublier en effet, dans l'usage de ces libertés et de ces droits, il peut y avoir abus.

En abordant cette matière si embrouillée, il convient d'établir :

1° Qu'il n'existe pas, qu'il ne saurait exister

de législation spéciale prévoyant la diffamation ou l'injure dont la presse pourrait se rendre coupable.

Le même droit définit et punit les crimes et délits imputables à l'orateur qui parle, à l'homme qui écrit, à la réunion qui adresse une circulaire au public ou une remontrance à un pouvoir constitué.

2° Aucune action en diffamation n'existe de nos jours en faveur du gouvernement fédéral, ni du gouvernement de l'Etat. La critique des actes du gouvernement, quelle que soit cette critique, ne saurait donner lieu à répression pénale.

En ce qui regarde le gouvernement des Etats-Unis, il n'y a pas dans les statuts fédéraux une seule loi qui atteigne la diffamation ou l'injure [1].

Et, d'autre part, les Etats-Unis, en tant que

1. A la fin du siècle dernier, sous l'administration de John Adams, le congrès vota ce qu'on a appelé la loi contre les séditions, qui contenait des dispositions pénales applicables aux cas de diffamation et d'injure contre le gouvernement, mais jamais loi n'a eu d'effet plus désastreux; non seulement elle n'a pu être appliquée, mais elle a été la principale cause de la chute du parti qui l'avait votée.

gouvernement n'ont pas de droit coutumier; par conséquent, aucune parole diffamatoire ou injurieuse contre les Etats-Unis ne saurait être l'objet d'une poursuite.

Vis-à-vis de l'Etat, la question est moins claire; cependant l'usage des répressions pénales que le droit coutumier pourrait fournir est tombé en désuétude. Comment admettre que la constitution d'un Etat, votée par la majorité des citoyens de cet Etat, et qu'un gouvernement organisé en vertu de cette même constitution, puissent être armés de moyens de répression destinés à restreindre l'exercice de droits solennellement réservés aux citoyens eux-mêmes? L'idée de proclamer la souveraineté du peuple, sauf à en tenir peu de compte dans la pratique ordinaire, ne saurait prévaloir aux Etats-Unis. Ici il s'agit de droits individuels qui, sans doute, peuvent amener de graves abus; mais que peut contre eux le gouvernement de l'Etat?

Je cherche presque en vain dans les nombreux recueils de jurisprudence, pour savoir si les choses se sont toujours passées de même, et je trouve seulement dans les annales judi-

ciaires de la Pensylvanie la décision d'un procès fait à un journal pour avoir diffamé les institutions de l'Etat; on peut en extraire quelques lignes qui ne sont pas sans intérêt historique : le juge s'adressant au jury, dit entre autres choses : « Les gouvernements républicains sont établis sur des bases immuables que l'esprit de système ne saurait ébranler. Et cependant, si la conscience du jury lui montrait clairement que la publication en question était séditieuse, qu'elle était dirigée contre l'indépendance des Etats-Unis, contre leur constitution ou contre celle de l'Etat, il devrait prononcer contre le défendeur; s'il en était autrement, même s'il y avait doute, le jury devrait acquitter. » En fait le défendeur fut acquitté [1].

Ceci se passait en 1804. Depuis lors je n'ai pu découvrir d'espèces semblables. D'où il faut conclure que, si le droit de l'Etat ou celui des autorités de l'Etat à maintenir une poursuite en diffamation, n'a pas été abrogé, il n'en est pas moins tombé en désuétude.

3° Il y a certains actes diffamatoires ou ca-

1. Respublica V• Dennie; 4 Yates, pp. 267 et suiv.

lomnieux qui échappent à l'action pénale ou à l'action civile, par raison même de la condition de la personne qui émet ou publie les paroles diffamatoires ou calomnieuses.

Et tout d'abord, sont privilégiées toutes communications orales ou écrites adressées au tribunal par le conseil de l'une des parties en cause dans un procès. Il en est de même de tout témoignage porté en audience publique ou au cours d'une procédure, à condition que la réponse diffamatoire soit pertinente.

Il en est encore de même de toute communication orale ou écrite faite par un membre d'une assemblée délibérante. Ici le privilège du membre lui adhère; et, comme on l'a décidé, il ne saurait en être privé, même par l'assemblée dont il fait partie. Voici pourquoi: ce privilège a été conféré en vue d'assurer la défense des droits du peuple qui a élu ce représentant. D'où cette autre conséquence que ce privilège n'est pas strictement limité aux communications faites au sein de l'assemblée, et qu'il s'étend à tous actes qui assurent au peuple les services de son mandataire [1].

1. Coffin V° Coffin 4 Massachussets, p. 127.

4° Mais à l'égard des fonctionnaires ou des candidats aux fonctions publiques, cette protection ne s'étend pas avec même inflexibilité.

Voici les règles principales que la jurisprudence a établies à ce sujet. Supposons, par exemple, qu'une résolution soit adoptée dans une réunion publique, aux termes de laquelle des accusations diffamatoires seraient articulées contre un fonctionnaire ou contre un candidat; supposons encore qu'une réunion de citoyens adresse des remontrances au président des Etats-Unis contre un fonctionnaire, où ils l'accusent de faits de nature à l'incriminer; ces communications seront-elles privilégiées, ou y aura-t-il lieu à action en diffamation contre leurs auteurs? Ici la jurisprudence n'est pas invariable; dans certains Etats, elle a affirmé qu'il n'existait pas de privilège qui protégeât l'articulation diffamatoire [1].

Cependant on ne saurait mieux faire que de suivre sur ce point la décision de la cour su-

1. Lewis Vs Few; 5 Johnson, p. 235; King Vs Root 4 Wendell, p. 113, et 7 Cowen, p. 613.

prême des Etats-Unis dans l'espèce de White v^s Nichols [1].

Mais ce qui peut importer davantage, c'est de voir comment, d'après le droit coutumier, la défense fondée sur le privilège, affecte la règle des preuves.

Toute publication qui, par le moyen de l'écriture, de l'imprimerie ou du dessin, tend à accuser un tiers d'un acte de nature à le rendre passible d'une peine, ou qui ait pour objet de le déshonorer ou même de le rendre ridicule, est, à première vue, un libelle, et fait présumer qu'il y a intention coupable de la part de l'auteur. Par conséquent, la personne diffamée n'a nul besoin d'établir la culpabilité de l'intention; il lui incombe seulement de prouver la publication du libelle; alors c'est au défendeur de se justifier, de produire ses excuses, ou de montrer qu'il y a des circonstances de nature à atténuer la responsabilité pénale.

« Mais les espèces classées sous le titre de communications privilégiées dont nous parlons,

1. Impossible d'entrer ici dans l'examen détaillé de ces questions quelque intéressantes qu'elles soient. Voir 3 Howard, p. 206.

constituent une exception à cette règle générale. Ici la présomption résultant des faits et des circonstances qui ont amené la publication écarte, dès l'abord, la présomption générale qui existe en matière de diffamation. D'où un changement dans la règle des preuves; ici le fardeau de la preuve est imposé au plaignant et c'est à lui d'établir la culpabilité de l'intention [1]. »

Nous en venons maintenant à la règle générale qui gouverne la matière de la diffamation et de la calomnie : Le droit constitutionnel garantit la liberté de la parole et celle de la presse.

« Toute personne énoncera oralement, écrira et publiera ses sentiments sur tous sujets; mais elle sera responsable de l'abus de ce droit. Il ne sera pas voté de lois qui restreindraient ou limiteraient la liberté de la parole ou celle de la presse. Dans toutes les poursuites criminelles, ou dans tous les cas où il y aura mise en accusation pour diffamation, la vérité des faits pourra être établie devant le jury; et, si celui-ci décide que le fait même sur lequel est

1. Voir *White* Vs *Nichols* cité plus haut.

fondée l'action en diffamation est vrai, et que la publication a été faite dans un bon motif et dans une intention justifiable, l'accusé sera acquitté. Au jury appartiendra de déterminer le principe de droit qui s'applique, aussi bien que les faits [1]. »

En d'autres termes, le pouvoir législatif ne saurait, en aucun cas, restreindre ou limiter la liberté de la presse. Mais les principes du droit coutumier antérieur à la constitution, n'ont nullement été abrogés, et c'est d'un commun accord que les tribunaux se sont prononcés en faveur de leur maintien. D'où il résulte que l'ancienne coutume qui gouvernait la matière de la diffamation et de la calomnie la régit encore; or, nous l'avons vu tout à l'heure : toute diffamation, du moment qu'elle est « publiée [2], » constitue une offense criminelle. La présomption est contre l'auteur ; à lui incombe de se justifier. En droit la justification consiste en trois éléments.

1. Constitution de New-York, article 1er, section 8.

2. Ici *publication* ne signifie pas impression et distribution; — il y a *publication*, du moment que la pièce diffamatoire passe entre les mains d'une tierce personne.

1° La vérité des faits allégués ;

2° La preuve du bon motif ;

3° La justification de l'intention.

Tel est le droit qui s'applique encore aujourd'hui à la presse. De telle sorte que le magistrat, le jurisconsulte, bien qu'ils soient sans cesse en communication avec leurs semblables par le moyen de la presse, n'ont pas encore trouvé que le temps fût venu de modifier à son égard un droit qui, s'il était strictement appliqué, serait très peu différent de ce qu'il était il y a cent ans.

Voici donc comment est réglée la diffamation en matière de presse.

La presse périodique ou quotidienne est libre, comme l'est tout citoyen ; mais elle ne l'est ni plus ni moins que lui ; elle peut donc exprimer sa pensée, critiquer les hommes qui gouvernent et les institutions qui régissent le pays, fournir toutes informations politiques, littéraires ou autres qui sont de nature à intéresser le lecteur ; il lui est loisible d'attaquer la constitution des Etats-Unis, le congrès, le président ; rien n'est soustrait à ses yeux perçants ; mais à tout cet immense pouvoir il y a cependant une res-

triction : si le journal publie des faits diffamatoires ou calomnieux contre un individu, l'offensé peut requérir l'action de la justice criminelle; et alors se posent vis-à-vis du journal exactement les mêmes questions que nous avons déjà indiquées en parlant de la diffamation et de l'injure en général.

Toutefois, il a été beaucoup question de ce que l'on a appelé le quasi-privilège de la presse ; il a été soutenu, et non sans raison, que les règles strictes du droit en cette matière ne sauraient s'appliquer, vu les conditions exceptionnelles que la nature des faits impose au journaliste. Pour bien saisir cette discussion et les résultats qu'elle a eus, il faut faire ici quelques distinctions.

S'agit-il de la publication par voie de la presse d'une de ces communications dites privilégiées dont il a été parlé tout à l'heure? En un sens, il est vrai que le discours de l'avocat qui a attaqué de toutes ses forces la partie adverse, est protégé par le privilège de l'orateur; mais ce privilège ne survit pas à l'occasion où il s'est produit; par conséquent, on ne saurait alléguer qu'il s'étende à la reproduction par la

presse, car l'avocat qui parlait au tribunal, ne peut pas en appeler à l'opinion publique de la décision rendue. Cette opinion ne saurait constituer une sorte de cour d'appel.

Toutefois, comme la loi favorise la publicité des débats et comme de simples curieux peuvent y assister, il serait difficile d'interdire au public de lire demain ce qu'il peut entendre aujourd'hui. Mais il faut que la publication soit impartiale. Il a donc été jugé que le résumé loyalement fait d'un débat judiciaire *contradictoire*, est en principe une publication *justifiable*. Mais si la publication reproduisait des faits immoraux ou blasphématoires, bien qu'impartiale et complète, elle n'en constituerait pas moins une offense.

En droit, cette permission de publier les débats judiciaires ne s'applique qu'à ceux où les deux parties sont représentées. S'il s'agit d'un débat où une des parties est seule en cause, la faculté de reproduire n'existe pas [1].

1. « Les débats d'une cour de justice, impartialement reproduits, bien qu'ils puissent parfois être injurieux pour les individus, sont regardés comme privilégiés; qu'ils continuent à l'être; mais les enquêtes préliminaires ne sau-

Cependant le pouvoir croissant de la presse a renversé ces barrières élevées par le droit, ou plutôt la presse les a tournées, car elles existent encore. En fait tout ce qui a trait à un procès qui intéresse le public, est reproduit, commenté, présenté sous les aspects les plus divers. Et dans les Etats qui ont maintenu le principe établi par le droit commun, tel qu'il vient d'être expliqué, il arrive qu'au moment où le procès criminel commence, et que la cour en vient à faire choix de douze jurés, une grave difficulté s'élève : il s'agit de savoir si les citoyens appelés à siéger ont lu les articles publiés par les journaux, et se sont formé une opinion sur l'affaire que le jury va entendre ; pour trouver douze jurés qui soient en mesure de déclarer sous

raient réclamer un semblable privilège; la seule tendance serait alors de faire condamner d'avance ceux que la loi présume innocents. Il est infiniment important pour chacun de nous de nous mettre en garde contre tout ce qui tend à affecter d'avance l'impartialité des débats contradictoires, et il ne saurait en être ainsi au cas où de semblables publications seraient permises ; quand le jour du procès vient, par le fait de ces publications, la présomption est en fait renversée; l'accusé est présumé coupable, et les chances d'impartialité dans les débats diminuées. » (Paroles de Lord Ellenborough dans King V• Fischer ; 2 Camp, p. 583.

serment qu'ils ne les ont pas lus, on doit épuiser des centaines de noms; aussi faut-il se contenter souvent de demander à chacun des jurés si, malgré qu'il ait lu les récits publiés, il croit pouvoir entendre l'affaire sans préjugé, et la décider avec une entière impartialité.

Voici donc le singulier embarras qui résulte d'une flagrante violation de la loi causée par le développement constant de la puissance de la presse; mais d'autre part, il faut se demander si ce résultat, quelque regrettable, quelque contraire aux principes qu'il puisse être, n'est pas sans compensation; et si la publicité ne devient pas un élément importun dans les enquêtes préliminaires qui doivent nécessairement préparer la remise de l'affaire au grand jury. La presse qui, par ses agents, pénètre presque partout, qui entend bien des choses que les officiers judiciaires n'entendent pas, fournit presque dans toute affaire qui attire l'attention, une certaine moyenne de renseignements dont parfois se dégagent des faits d'une extrême importance. Ceci ne sera contesté par aucun de ceux qui ont pris part à la direction d'affaires criminelles.

De ces observations que l'on pourrait encore développer, il paraît naturel de conclure que, si le principe établi par la loi n'est plus respecté en fait, la manière dont il est violé, ne fait pas perdre ses effets à l'impartialité ; seulement c'est d'une impartialité autrement entendue qu'il devra s'agir désormais. Il deviendra de plus en plus difficile d'exclure du jury le citoyen qui, avant d'y prendre sa place, déclarera avoir lu les publications des journaux sur l'affaire qu'il va entendre. Il faudra donc en venir à lui adresser deux ordres de questions subsidiaires : on lui demandera s'il s'est formé une opinion arrêtée sur les faits qu'il a lus ; et, si la réponse est négative, les conseils devront s'assurer qu'il est assez intelligent, assez éclairé et assez honnête pour entendre l'affaire à nouveau.

Ainsi la société américaine, par le développement de la presse, en viendra nécessairement à transformer quelques parties de son droit ; elle ne peut longtemps s'opposer à des faits qui s'imposent avec une force irrésistible [1].

Il ne résulte pas moins de tout ceci une sorte

1. Ici il est impossible d'aller plus avant dans l'examen

de conflit entre l'état des faits et celui du droit. Dans la société actuelle, la presse occupe une position de premier ordre; elle y exerce une puissance incontestée, peut-être même prépondérante; eh bien! que l'un des journaux qui constituent cette puissance, soit amené devant une cour de justice, sous réserve de ce qui vient d'être dit au sujet de son droit à critiquer, à attaquer les hommes publics, les institutions publiques ou celles d'un caractère semi public, ce journal occupe la position d'un simple citoyen défendeur à une action en diffamation.

Est-ce à dire que la condition légale de la presse soit de telle nature qu'il importe de la changer du tout au tout en transformant la loi qui régit la diffamation? Loin de là. Et en

de la matière; je me vois forcé d'indiquer seulement les têtes de chapitre; reste en effet à montrer que ceux qui publient une nouvelle ne jouissent, d'après le droit coutumier, d'aucun privilège. Vient ensuite la publication des débats parlementaires; mais tout ceci est tellement entouré de questions techniques, que j'essaierai vainement de me faire comprendre.

Le lecteur qui pourrait prendre intérêt à ces questions, ne saurait mieux faire que de les étudier dans M. Cooley ou *Constitutional limitations* (sections 414-465.)

voici la raison : en droit, la liberté individuelle est le premier de tous les droits; en serait-il ainsi au cas où la presse pénétrerait dans l'existence du citoyen sans motif justifiable; où elle attaquerait son caractère en publiant à mauvaise intention des accusations fausses ou des faits de nature scandaleuse? Il faut donc que l'individu puisse se défendre, et c'est le pouvoir judiciaire qui seul garantit sa liberté en protégeant son honneur.

D'ailleurs, il est évident que, malgré les immenses progrès qu'elle a faits, la presse quotidienne n'est pas arrivée jusqu'ici à constituer une profession qui donne à la société les garanties qu'elle exige en fait de toutes les autres.

Voici, par exemple, le barreau. Avant que d'y être admis, la personne qui s'y destine doit justifier d'un certain nombre d'années d'études préparatoires; une fois qu'il y est entré, il reste pour chacun de ses faits et gestes professionnels, soumis à l'action disciplinaire de la cour; il peut être rayé du tableau ; il peut être frappé d'amende ou même emprisonné.

Et ainsi de suite pour les professions dites libérales.

Mais quand nous en venons au journaliste, même de notre temps, en fait, il est seulement responsable vis-à-vis du directeur ou du propriétaire du journal qui l'emploie. S'il a abusé de la confiance de celui-ci, dans la grande presse, le retrait d'emploi suit immédiatement. Mais ceci n'est vrai que des journaux qui savent jusqu'à quel point ils remplissent une place importante dans la société. A côté d'eux, il en est d'autres où les moyens de surveillance et de contrôle sont beaucoup moins développés ; il en existe enfin qui spéculent sur les plus bas instincts de la nature humaine, qui n'impriment pas des nouvelles pour instruire, mais qui remplissent leurs colonnes de tout ce qui est corrompu ou corrupteur. Le nombre de ces feuilles est rare heureusement ; mais comme la presse élevée, honorable et qui tend à devenir encore plus élevée et plus honorable, ne peut être légalement distinguée de ceux qui la déshonorent, elle doit nécessairement souffrir de cet affreux voisinage.

Dans ce travail, j'ai évité, autant que faire se pouvait, de présenter des considérations générales ; cependant ici il me paraît difficile, en

vue de ce qui devra être expliqué dans la seconde partie où je traiterai des institutions, de ne pas faire au moins une observation sur le rôle politique de la presse.

Née de l'esprit de libre examen, formée à l'école d'une longue adversité qui a précédé son établissement, la presse a dû nécessairement garder certaines traces de son esprit d'origine, et aussi quelques marques de ses souffrances passées : de là en partie, l'esprit de critique qui la domine. Elle attaque bien mieux qu'elle ne défend, renverse bien mieux qu'elle n'édifie. C'est parce qu'il en est ainsi qu'elle est puissante ; et j'ose ajouter que, si elle changeait sa manière d'être, elle le serait peut-être beaucoup moins.

Qu'on regarde maintenant aux assemblées délibérantes, aux pouvoirs constitués pour légiférer et pour contrôler l'exécutif ; c'est une erreur de croire qu'une assemblée entrera en général bien profondément dans l'examen des questions qui intéressent personnellement ses membres ; sans doute on a vu dans des circonstances mémorables, des membres de la même assemblée, non seulement échanger des inju-

res, mais s'attaquer les uns aux autres, s'accuser publiquement d'actes malhonnêtes ou coupables. Mais ces choses arrivent rarement; et pourquoi ? c'est que les rapports personnels s'établissent; les précédents, l'étiquette, tout concourt à rapprocher, ou du moins à retenir dans de certaines limites, des hommes qui sont forcés de se rencontrer, de délibérer et de vivre ensemble. Par conséquent, au moins aux Etats-Unis, il ne faut guère compter sur le contrôle que les membres d'une assemblée exerceront les uns sur les autres. Et ceci est encore d'une grande importance quand on veut se rendre un compte exact de l'action du congrès sur la conduite des affaires par le pouvoir exécutif; ici se posent à tout moment tant de questions où des intérêts complexes sont en jeu, que le silence peut fort bien s'obtenir.

Mais la presse intervient. Il y aura presque toujours un journal qui, soit pour des motifs élevés, soit par des raisons d'intérêt, ouvrira les yeux, pénétrera dans les détails les plus secrets ; puis, ayant saisi ou au moins cru saisir en tout ou en partie la vérité des faits, il ouvrira la bouche et révélera au public ce

qu'il a pu apprendre. Là le journal est dans son vrai rôle; se fût-il même trompé en partie, eût-il même exagéré, l'attention publique est éveillée, les pouvoirs sont sur leurs gardes. Ils sont contraints de prendre des mesures de défense et de veiller à leur propre honneur. Ces procédés sont violents, ces méthodes souvent douloureuses; mais je crois au salutaire effet de ces brûlures au fer rouge. En général, sans doute l'exagération est telle que, pour être ramenées au point vrai, les accusations doivent être réduites dans des proportions considérables; mais vaut mieux, même au prix d'injustices souvent commises contre les personnes, que la société soit tenue en éveil que si elle s'endormait; rien de si dangereux pour de grandes nations que de « se reposer et d'être reconnaissantes », ainsi que le dit un jour un Anglais bien connu. C'est le mouvement, l'activité, la critique, même injuste, qui les tiennent en éveil. Sans doute il est pénible de voir des hommes publics calomniés, d'entendre des accusations qui ne peuvent être ni justifiées ni soutenues par preuves ; des imputations de vol, de concussion, de corruption pesant sur des

innocents qui souvent ne sont pas en mesure de se justifier complètement devant les pouvoirs politiques, tandis que, s'ils étaient poursuivis criminellement et jugés d'après le droit du pays, ils seraient sur-le-champ acquittés; mais on peut concevoir un mal plus grand encore : c'est celui qui résulterait du silence de la presse. Que celle-ci soit enchaînée par le pouvoir ou monopolisée par les « syndicats » formés d'hommes intéressés à se protéger les uns les autres, alors la plaie est cachée aux yeux; aux critiques violentes succèdent les adulations ; les actes criminels sont ignorés ou représentés comme honnêtes ; quand il est impossible de se taire, on cache au moins tout ce que l'on peut soustraire à la publicité. Alors c'est le contraire de ce qui se passe aux Etats-Unis qui doit se produire : si dans la pratique américaine, il faut souvent ne pas tenir compte d'une grande partie des accusations, dans le second cas, il faut presque toujours ajouter à ce qui est dit pour arriver à la vérité. Tel est le grand danger, le vrai péril des sociétés modernes qui échappent au contrôle de la presse. Sans doute, dans le premier cas, il circulera sou-

vent de mauvais bruits; des gens, bien intentionnés d'ailleurs, s'y laisseront prendre, et écriront des thèses sur la corruption[1]. Tout ceci peut être fâcheux pour la nation et plus fâcheux encore pour les auteurs de pareilles thèses; mais est-ce bien grave? — Est-ce que le mal dûment constaté ne se guérit presque pas toujours dans un corps jeune et sain? Mais ce qui est plus dangereux, c'est de cacher ce mal, au moins de n'en parler qu'à voix basse; alors il ne paraît qu'à peine à la surface, mais il ronge le corps social. Aussi que la presse des Etats-Unis continue son œuvre ; organisée comme elle est, il est presque impossible d'établir parmi tous les journaux ce que l'on a nommé d'une manière assez bizarre mais assez juste « la complicité du silence » ; et c'est là l'important.

1. Je réserve entièrement ici ce que l'on a appelé « la corruption introduite aux Etats-Unis sous la présidence de M. Grant » ; ailleurs je reprendrai la question, pièces en mains; maintenant que les passions sont calmées, je me propose de montrer exactement ce qui s'est passé, et de corriger par des témoignages irrécusables, bon nombre d'erreurs courantes.

CHAPITRE XVIII

CONCLUSION. QUEL EST LE GOUVERNEMENT QUI PEUT CONVENIR A UNE SEMBLABLE SOCIÉTÉ POLITIQUE ?

Si nous nous rappelons le point de départ, nous nous souviendrons que l'idée même sur laquelle repose la grande charte du roi Jean et les confirmations signées par ses successeurs, est celle d'un marché, d'un contrat ; l'Anglo-Saxon considère qu'il a des droits préexistants, et que ces droits méprisés, foulés aux pieds par le roi féodal, doivent cependant être reconnus par lui. Or il arriva qu'à un moment, ou de gré ou de force, l'accord dut se faire ; soit qu'il fût vaincu, soit qu'il eût besoin d'argent, le Plantagenet cède et reconnaît ces droits ; voilà

ce qui se passait au moyen-âge. Nous sommes maintenant tout près de la fin du XIXe siècle ; assistons aux débats d'une de ces conventions constitutionnelles où les délégués d'un des Etats de l'Union discutent et préparent une constitution nouvelle ; ici encore c'est en plus d'un sens, la même question qui se pose : quels droits inhérents au citoyen celui-ci entend-il se réserver, quels droits va-t-il déléguer à l'Etat ?

Et remontons d'un peu plus de cent ans en arrière ; les auteurs de la constitution des Etats-Unis présentent leur œuvre au peuple ; aussitôt une objection insurmontable s'élève ; M. Jefferson l'a soulevée un des premiers, et la majorité le suit. La constitution, dit-on, ne saurait être acceptée sans des déclarations positives qui réservent aux citoyens eux-mêmes leurs droits inaliénables. Ceci doit être exprimé en termes formels dans l'acte même. Et en vain Hamilton épuise-t-il tout son pouvoir, tous ses arguments pour montrer que l'objection n'est pas fondée ; il échoue. Il est enfin convenu que des amendements seront ajoutés à la constitution, qui stipuleront la réserve des droits individuels ; c'est ce qui fut fait dès la réunion

du premier congrès, et de là les dix premiers amendements.

Donc du premier coup, d'après l'idée anglo-américaine, le pouvoir va se diviser en deux. Le peuple s'en réserve une partie en termes exprès, le surplus il le délègue au gouvernement qu'il fonde.

Mais ce n'est pas tout ; non seulement il se réserve certains droits énoncés, définis dans le contrat constitutionnel qu'il consent ; mais il déclare que tout pouvoir qui n'est pas expressément ou implicitement délégué lui appartient. Ainsi à lui tous les droits de l'homme et du citoyen dont nous avons parlé ; à lui aussi tous les droits non spécifiés et qu'il n'a pas conférés dans des mots explicites ou implicites au gouvernement qu'il établit.

Et qu'on ne traite pas ces stipulations de simples technicalités, car il ne faut pas l'oublier, c'est de ces technicalités que sort la liberté politique. Qu'on les néglige, et cette liberté cesse de former un corps vivant, fait de chair et d'os, armé de fortes défenses ; elle devient quelque chose d'impalpable qui n'a plus de raison d'être.

D'autre part, à une société d'une vigueur extraordinaire, il faut un gouvernement aussi vigoureux qu'elle. Or c'est aux Etats-Unis qu'a été pour la première fois résolu le problème de la création d'une grande institution nationale, réduite aux pouvoirs essentiels du gouvernement, mais ayant toutes les attributions nécessaires au maintien, à la stabilité, à la défense du pays et, s'il le fallait aussi, à l'attaque extérieure : en un mot, c'est une création *sui generis*, complète et puissante dans les limites restreintes d'attributions essentielles.

Et à côté, ou plutôt au-dessous de ce grand gouvernement, dans chaque Etat une organisation séparée, presque indépendante, chargée de pourvoir à la plupart des besoins qui résultent de l'existence sociale.

Comment cette conception d'une double délégation de la souveraineté des citoyens à des organisations aussi distinctes a-t-elle pu se produire? Comment deux systèmes de ressorts peuvent-ils fonctionner sans friction? c'est ce qu'on ne saurait aisément concevoir, si on ne se rattachait pas toujours à l'idée élémentaire des délégations distinctes que le peuple fait des

fractions de la souveraineté qu'il ne se réserve pas à lui-même.

D'ailleurs il n'est pas exact de dire, comme on l'imprime ou comme on le répète sans cesse, que cette idée, sortie des discussions qui suivirent la déclaration d'indépendance, ait atteint sa forme complète, définitive dans la constitution des Etats-Unis, telle qu'elle a été adoptée en 1787. Les auteurs de la constitution, ou plutôt les dix ou quinze membres de la convention de Philadelphie dont les noms sont dans toutes les mémoires, avaient conçu un plan plus parfait; leurs idées furent fort au-dessus de l'exécution ; ces temps qu'on se représente à travers une sorte de légende héroïque, ont connu toutes les faiblesses, toutes les jalousies, toutes les étroitesses des petites passions. On en voit même des traces dans l'œuvre monumentale que le grand esprit et le patriotisme des chefs sont parvenus à élever, mais dont ils ne purent extirper le germe fatal de la désunion, de la sécession. Quand le moment de la première épreuve arriva, et qu'il s'agit de mettre la machine fédérale en mouvement, ce fut l'honneur de Washington d'avoir su faire

assez aimer la nouvelle constitution, pour que, pendant les huit ans remplis par ses deux présidences, le mal secret fût presque caché aux regards ; mais à peine son successeur immédiat a-t-il pris en main « les rênes que Washington avait tenues », que l'on voit se produire des symptômes de disruption. C'est dans la Virginie et dans le Kentucky qu'on les remarque; puis le calme revient, le mal semble guéri. Sous la seconde présidence de Jefferson, il fait une nouvelle irruption ; cette fois c'est dans la nouvelle Angleterre qu'il éclate. Or ici il ne s'agit au fond de rien moins que de la scission possible des cinq Etats de l'Est. Suit une nouvelle période d'accalmie; mais en 1820, quand il s'agit de savoir si l'Etat du Missouri sera admis comme Etat libre ou comme Etat à esclaves, John Quincy Adams, alors secrétaire d'Etat des Etats-Unis, consigne dans son journal les réflexions que voici :

« J'ai favorisé la transaction relative au Missouri parce que je croyais que, sous la constitution actuelle, on ne pouvait rien obtenir de plus; en même temps, j'étais extrêmement opposé à hasarder le sort de l'Union. Peut-être

eût-il été plus sage et plus habile de persister dans les restrictions imposées au Missouri, jusqu'à ce que la lutte eût abouti à la réunion d'une convention qui réviserait et amenderait la constitution. *Ceci aurait amené une nouvelle Union de treize ou de quatorze Etats, sans la souillure de l'esclavage*[1]. »

Tel est l'état d'esprit de celui-là même qui aura la gloire avant de mourir, de tracer presque toutes les grandes lignes de la politique qui, de 1861 à 1865, a sauvé les Etats-Unis.

Mais autour de lui on parle tout haut : et voici le langage qu'on tient : « Dans le plus violent paroxysme de la question du Missouri au sénat, James Barbour, l'un des sénateurs de la Virginie, allait de l'un à l'autre sénateur représentant les Etats libres ; il leur a proposé d'assembler une convention des Etats, en vue de dissoudre l'Union, de s'entendre sur les termes de la séparation et de faire tous arrangements pour la désunion[2]. »

Cependant, comme le dit John Quincy Adams, l'Union a déjà fait tant de bien, elle est telle-

1. John Quincy Adams ; *Memoirs*, vol. VI, p. 12.
2. Ibid. p. 13.

ment entrée dans la pensée nationale, qu'encore cette fois les choses s'arrangent.

Mais sous la présidence de Jackson, environ onze ans plus tard, nouvel émoi. Cette fois la secousse se fait sentir dans la Caroline du Sud. Jackson, qui assurément ne manque pas d'énergie ni de volonté, met bon ordre à tout cela; et il est certain qu'on peut juger du progrès de l'idée nationale dans le pays, par la popularité même du président qui, dès le moment où il a réprimé la tentative de « nullification », ne fait que grandir. Mais la question n'était pas résolue; loin de là. D'abord à l'état latent, puis à l'état de doctrine prêchée publiquement, l'idée de séparation fait bientôt de tels progrès que, dès 1859, le parti dominant dans les Etats du Sud et les citoyens des Etats du Nord, bien plus clairvoyants que la plupart des chefs de parti, s'exercent déjà au maniement des armes, et se forment spontanément en compagnies, en bataillons, en régiments. Cette fois tout est si bien préparé pour la lutte, qu'au milieu de la nuée chargée d'orage, on voit tout à coup briller la flamme qui pousse le premier boulet sur le fort Sumter, une explosion formi-

dable se produit; d'un bout à l'autre du pays la lutte commence.

C'est de cette lutte qu'est sortie l'Union nouvelle, cette fois cimentée, rattachée dans toutes ses parties par des crampons d'acier, solide et blindée comme aucune autre nation ne l'est. Il n'est plus question d'une prétendue Union des Etats, d'un prétendu contrat entre les Etats. Il s'agit d'un acte indissoluble, perpétuel, qui date du jour où le peuple, c'est-à-dire les citoyens, ont créé pour toujours une Union plus parfaite. Ce gouvernement national prime tout, est au-dessus de tout; toute tentative faite contre lui constitue un acte absolument nul; l'organisation des Etats rebelles n'a jamais eu d'existence que la loi et la jurisprudence aient un instant reconnue; toutes les dettes contractées par cette prétendue organisation ne constituent pas des obligations; par conséquent, toutes sont répudiées. Mais nous dirons plus: la prescription elle-même n'a pu courir de 1861 à 1865, c'est-à-dire pendant les quatre ans de guerre où la vie est restée, pour ainsi dire, suspendue dans les Etats insurgés; s'agit-il d'une compagnie à laquelle aurait été accordé un délai

de dix ans pour exécuter certains travaux; si le délai commençait à courir le 1er janvier 1860, ce n'est pas le 1er janvier 1870 qu'il a expiré; il faudra ajouter environ quatre ans et quatre mois à cause de la période de la guerre[1].

Eh bien! en 1814, quand Louis XVIII, avec beaucoup de raison mais peu de connaissance de ses sujets, datait ses ordonnances de la dix-neuvième année de son règne, qu'auraient dit ceux que cette prétention légitimiste offusquait, s'ils avaient pu prévoir jusqu'où la plus grande République libre qui ait jamais existé, pousserait un jour la doctrine de la légitimité?

Cette œuvre de consolidation, de « reconstruction », comme on l'a appelée, s'est faite de notre temps; c'est presque sous nos yeux que la pensée vraie de l'ancien parti fédéraliste a atteint ses proportions légitimes. Elle s'est écrite dans de grandes mesures législatives, et particulièrement dans trois documents qui vivront autant que les Etats-Unis eux-mêmes; on a deviné qu'il s'agit du XIIIe, du XIVe et du XVe amendements à la constitution.

Je me propose d'expliquer aussi comment

1. Gray Vo Davis; 16 Wallace p. 203.

presque toutes les mesures édictées dans la période de reconstruction des Etats-Unis, sont venues passer tour à tour dans le creuset de la cour suprême des Etats-Unis; comment quelques-unes d'entre elles, une infime minorité, sont tombées dans les scories et ont été déclarées inconstitutionnelles, mais comment l'immense majorité de ces lois, commentées, expliquées dans des décisions, dont quelques-unes sont dignes d'être comparées aux plus grands modèles, forment maintenant un ensemble qui a donné pour bien des années sa forme définitive à la nation.

Ayant ainsi montré ce qu'est devenu le gouvernement des Etats-Unis après un travail de cent ans, je compte en arriver à l'organisation de l'Etat, qui au fond n'a pas eu à subir le travail qu'il a fallu pour établir le gouvernement national. Ces puissantes autonomies dont l'organisme essentiel n'a pas beaucoup changé depuis cent ans, n'en présentent pas moins des questions de première importance. Dans un pays où la liberté municipale est restreinte aux grands centres de population, et reste toujours soumise à l'intervention de l'Etat, c'est en réa-

lité celui-ci qui forme le corps vivant; c'est donc dans l'Etat que nous devons saisir un des éléments principaux de la vie nationale.

Enfin nous espérons établir comment, des différences mêmes qui existent entre les divers groupes d'Etats, résultent les bonnes conditions du progrès national. Et ici, s'il est permis de l'indiquer d'un mot, je crois pouvoir démontrer que les Etats du Sud, oui ces Etats que le fer, le sang et le feu ont pu seuls écraser un moment, sont aussi nécessaires, aussi indispensables à la vie nationale américaine que le sont ces Etats mêmes qui s'étendent au nord de l'Ohio, sur les deux versants des Alleghanys. Dans les Etats du Sud, moins ouverts à l'émigration européenne, c'est-à-dire à des accessions d'hommes qui peuvent apporter la richesse, la force, mais qui peuvent fort bien apporter aussi des éléments dangereux, la pure tradition anglo-saxonne subit très peu d'altérations. L'esprit de la grande charte est aussi vivant aujourd'hui dans le Kentucky ou dans le Tennessee qu'il l'était dans l'esprit des barons assemblés à Runnymède. Précieuse force de réserve, essentielle au maintien de la liberté

américaine, et dont, dans aucun cas, elle ne saurait se passer.

Ainsi la seconde partie de l'ouvrage que j'ai entrepris, sera consacrée à analyser, si on pouvait emprunter l'expression allemande, l'Etat américain. Je regarde ce travail comme peut-être le plus important de tous; car la constitution du gouvernement national des Etats-Unis m'a toujours paru l'une des conceptions les plus simples et les plus habiles qui, résultant de l'histoire d'un peuple, n'en a pas moins demandé des efforts inouïs pour trouver sa forme à peu près définitive.

Sans doute ce second volume sera loin d'épuiser le sujet ; mais qu'est-il besoin de faire ici des plans d'avenir, quand nous ne sommes pas sûrs de notre lendemain, et que Dieu qui a mis en chacun de nous la force de concevoir, de comprendre et d'exprimer ses pensées, peut nous la retirer à n'importe quel moment, par un acte de sa paternelle et toute-puissante volonté.





TABLE

FIN DE LA TABLE

Imprimerie Générale de Châtillon-sur-Seine. — M. PEPIN

ERRATA

P. 89, note première, Coole ; lisez Cooley.

P. 249, dernière ligne, après les mots « plus solides » mettre un point et une virgule.

P. 272, seconde ligne de la note marquée 1, lire Fox V^s Edwards.

P. 273, troisième ligne ; après les mots « plus serrée » supprimer la virgule et mettre « *et.* »

P. 290, huitième ligne, lisez législature au lieu de législation.

P. 320, quatrième ligne, après les mots « en accusation et a » ajoutez « *la.* »

Même page, première ligne de la note, lisez « *dix* » au lieu de « *six.* »

P. 329, lignes 12 et 17 lisez « *M. Stephen* » au lieu de « *M. Stephens.* »

P. 355, dernière ligne, supprimez les mots *alors que.*

P. 361, dernière ligne de la note, lisez « *Broom constitutional law* » au lieu de « *Broom British constitutions.* »

P. 404, avant-dernière ligne du texte, lisez « *qu'elle en excepte* » au lieu de « *qu'il en excepte.* »

P. 431, ligne 17, après le mot « Angleterre », supprimez le point et virgule.

P. 469, dixième ligne, après le mot « occasionnées » ajoutez « *en.* »

P. 485, ligne 19, ajoutez « *s* » au mot libre.

P. 524, ligne 17, lisez « *l'individu* » au lieu de « *la personne.* »

P. 535, dernière ligne, après le mot « Sumter » mettre un point et une virgule.


US 486.15
Droits et libertes aux Etats-Unis
Widener Library
001356876
3 2044 086 226 305